حاشية

رد المحتار

لخاتمة المحققين محمد أمين الشهير بابن عابدين

على

الدر المختار: شرح تنوير الأبصار

في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان

ويليه: تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف

وقد وضع الشرح والمتن بأعلا الصحائف

وبأسفل الصحائف تقارير لبعض العلماء

الجزء السادس

الطبعة الثانية

١٣٨٦ هـ = ١٩٦٦ م

شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر

محمد محمود الحلبي وشركاه - خلفاء

« مَنْ يُرِدِ اللهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِي الدِّينِ »

« حديث شريف »

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الإجارة

قدم الهبة لكونها تمليك عين وهذه تمليك منفعة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله ، والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وأصحابه ومن والاه آمين .

كتاب الإجارة

أقول : الإجارة بكسر الهمزة هو المشهور وحكى الرافعى ضمها . وقال صاحب المحكم : هى بالضم اسم للمأخوذ ، مشتقة من الأجر وهو عوض العمل . ونقل عن ثعلب الفتح فهى مثلثة الهمزة . وفى تكملة البحر للعلامة عبد القادر الطورى : لو قال الإيجار لكان أولى ، لأن الذى يعرف هو الإيجار الذى هو بيع المنافع لا الإجارة التى هى الأجرة . قال قاضى زاده : ولم يسمع فى اللغة أن الإجارة مصدر ، ويقال أجره : إذا أعطاه أجرته ، وهى ما يستحق على عمل الخير : وفى الأساس : آجرنى داره واستأجرتها وهو مؤجر ولا تقل مؤاجر فإنه خطأ وقبيح . قال : وليس آجر هذا فاعل بل هو أفعل اهـ .

قلت : لكن نقل الرملى فى حاشية البحر : قال الواحدى عن المبرد ، يقال أجرت دارى ومملوكى غير ممدود وممدودا والأول أكثر إجارا وإجارة ، وعليه فلا اعتراض تدبر (قوله لكونها تمليك عين) أى والأعيان

(هى) لغة اسم للأجرة وهو ما يستحق على عمل الخير ولذا يدعى به ، يقال أعظم الله أجرك : وشرعا (تمليك نفع) مقصود من العين (بعوض) حتى لو استأجر ثيابا أو أوانى ليتجمل بها أو دابة ليجنبها بين يديه أو دارا لا ليسكنها أو عبدا أو دراهم أو غير ذلك لا ليستعمله بل ليظن الناس أنه له فالإجارة فاسدة فى الكل ، ولا أجر له لأنها منفعة غير مقصودة من العين بزازية وسيجىء (وكل ما صلح ثمنا) أى بدلا فى البيع (صلح أجرة) لأنها ثمن المنفعة ولا ينعكس كليا ، فلا يقال ما لا يجوز ثمنا لا يجوز أجرة لجواز إجارة المنفعة بالمنفعة إذا اختلفا كما سيجىء : (وتنعقد بأعرتك هذه الدار شهرا بكذا) لأن العارية بعوض إجارة

مقدمة على المنافع ولأنها بلا عوض وهذه به والعدم مقدم ، ثم للإجارة مناسبة خاصة لفصل الصدقة من حيث إنهما يقعان لازمين فلذا عقبها بها أفاده الطورى (قوله اسم للأجرة) قال الزيلعى : وفي اللغة الإجارة فعالة اسم للأجرة ، وهى ما يعطى من كراء الأجير ، وقد أجره : إذا أعطاه أجرته اه : وفى العينى فعالة أو إعالة بحذف فاء الفعل اه وقدمنا أنها تكون مصدرا (قوله وهو ما يستحق) ذكر الضمير لعوده على الأجر المفهوم من ذكر مقابله وهى الأجرة ، والأوضح الإظهار فلا خلل فى كلامه فافهم (قوله تمليك) جنس يشمل بيع العين والمنفعة وهو وإن كان جنسا كما يكون مدخلا يكون مخرجا ، فدخل به العارية لأنها تمليك المنافع والنكاح لأنه تمليك البضع وليس بمنفعة ، وبقوله نفع(١) تمليك العين ، وقوله بعوض تمام التعريف طورى :

قال فى المنح : وهو أولى بالقبول ، من قولهم تمليك نفع معلوم بعوض كذلك ، لأنه إن كان تعريفا للإجارة الصحيحة لم يكن مانعا لتناوله الفاسدة بالشرط الفاسد وبالشيوع الأصلى ، وإن كان تعريفا للأعم لم يكن تقييد النفع والعوض بالمعلوم صحيحا ، وما اختير فى هذا المختصر تبعا للدرر تعريفا للأعم اه وفيه نظر ، لأن التى عرفها أئمة المذهب الإجارة الشرعية وهى الصحيحة والفاسدة ضدها فلا يشملها التعريف : قال فى المبسوط : لابد من إعلام ما يرد عليه عقد الإجارة على وجه ينقطع به المنازعة ببيان المدة والمسافة والعمل ، ولابد من إعلام البدل اه وإلا كان العقد عبثا كما فى البدائع ، على أنه لا تمليك بعوض غير معلوم فعاد إلى كلامهم ، وتمامه فى الشرنبلالية (قوله مقصودة من العين) أى فى الشرع ونظر العقلاء ، بخلاف ما سيذكره فإنه وإن كان مقصودا للمستأجر لكنه لا نفع فيه وليس من المقاصد الشرعية ، وشمل ما يقصد ولو لغيره لما سيأتى عن البحر من جواز استئجار الأرض مقيلا ومراحا ، فإن مقصوده الاستئجار للزراعة مثلا ، ويذكر ذلك حيلة للزومها إذا لم يمكن زرعها تأمل (قوله أو أوانى) منصوب بفتحة ظاهرة على الياء ، وفى بعض النسخ بحذفها ، وكأنه من تحريف النساخ (قوله أنه له) أى الدار أو العبد وما بعده ، وأفرد الضمير لعطف المذكورات بأو ، وهذه المسائل سيأتى متنا فى الباب الآتى (قوله ولا أجر له) أى ولو استعملها فيما ذكره ، وقولهم إن الأجرة تجب فى الفاسدة بالانتفاع محله فيما إذا كان النفع مقصودا ط ، وقيد فى الخلاصة عدم الأجر فى جنس هذه المسائل بقوله إلا إذا كان الذى يستأجر قد يكون يستأجر لينتفع به اه وسيأتى تمام الكلام فيه (قوله وسيجىء) أى في باب ما يجوز من الإجارة (قوله أى بدلا فى البيع) فدخل فيه الأعيان فإنها تصلح بدلا فى المقايضة فتصلح أجرة (قوله لأنها ثمن المنفعة) أى وهى تابعة للعين ، وما صلح بدلا عن الأصل صلح بدلا عن التبع (قوله ولا ينعكس كليا) قيد به ليفهم أن المراد به العكس اللغوى لا المنطقى ، وهو عكس الموجبة الكلية بالموجبة الجزئية ، إذ يصح بعض ما صلح أجرة صلح ثمنا (قوله كما سيجىء) أى فى آخر باب الإجارة الفاسدة (قوله وتنعقد بأعرتك الخ) وبلفظ الصلح كما ذكره

---

(١) (قوله وبقوله نفع الخ) لايظهر عطفه على قوله فدخل به على مالا يخفى ، ولعل الصواب فدخل به سائر التمليكات ، وخرج بقوله نفع النكاح لأنه الخ وتمليك العين ، وبقوله عوض العارية لأنها تمليك النفع إلا أنها بدون عوض اه .

بخلاف العكس (أو وهبتك) أوأجرتك (منافعها) شهرا بكذا ؛ أفاد أن ركنها الإيجاب والقبول : وشرطها كون الأجرة والمنفعة معلومتين لأن جهالتهما تفضى إلى المنازعة : وحكمها وقوع الملك فى البدلين ساعة فساعة ، وهل تنعقد بالتعاطى ؟

الحلوانى . والأظهر أنها تنعقد بلفظ البيع إذا وجد التوقيت وإليه رجع الكرخى كما فى البحر ، لكن فى الشرنبلالية جزم فى البرهان بعدم الانعقاد فقال : لاتنعقد ببعت منفعتها لأن بيع المعدوم باطل ، فلا يصح تمليكا بلفظ البيع والشراء اه ونقل مثله عن الخانية (قوله بخلاف العكس) يعنى أن الإجارة بلا عوض(١) لا تنعقد إعارة . قال فى البزازية : لو قال آجرتك منافعها سنة بلا عوض تكون إجارة فاسدة لا عارية اه :

وفى المنح عن الخانية : لو قال آجرتك هذه الدار بغير عوض كانت إجارة فاسدة ولا تكون عارية ، كما لو قال : بعتك هذه العين بغير عوض كان باطلا أو فاسدا لاهبة ، ويخالفه ما فى عارية البحر عن الخانية : آجرتك هذه الدار شهرا بلا عوض كانت إعارة ، ولو لم يقل شهرا لا تكون إعارة اه . قال فى التاترخانية بل إجارة فاسدة ، وقد قيل بخلافه اه وانظر ما قدمناه فى العارية (قوله منافعها شهرا بكذا) تنازع فى هذه المعمولات الثلاث الفعلان قبلها ، وما فى المتن ذكره فى البحر ، لكن ذكر بعده لو أضاف العقد إلى المنافع لا يجوز ، بأن قال آجرتك منافع هذه الدار شهرا بكذا وإنما يصح بإضافته إلى العين اه وبينهما تناف ، لكن قال الرملى : ذكر فى البزازية وكثير من الكتب قولين فى المسألة اه : وفى الشرنبلالية عن البرهان : لا تنعقد بأجرت منفعتها لأنها معدومة ، وإنما تجوز بإيراد العقد على العين ولم يوجد . وقيل تنعقد به لأنه أتى بالمقصود من إضافة الإجارة إلى العين اه وظاهره ترجيح خلاف ما مشى عليه المصنف والشارح ، ولذا اقتصر عليه الزيلعى (قوله أفاد أن ركنها الإيجاب والقبول) أى بقوله هى تمليك أو بقوله وتنعقد تأمل ، ثم الكلام فيهما وفى صفتهما كالكلام فيهما فى البيع بدائع : وفى تكملة الطورى عن التاترخانية ، وتنعقد أيضا بغير لفظ ، كما لو استأجر دارا سنة فلما انقضت المدة قال ربها للمستأجر فرّغها لى اليوم وإلا فعليك كل شهر بألف فجعل بقدر ما ينقل متاعه بأجرة المثل ، فإن سكن شهرا فهى بما قال اه (قوله وشرطها الخ) هذا على أنواع : بعضها شرط الانعقاد ، وبعضها شرط النفاذ ، وبعضها شرط الصحة ، وبعضها شرط اللزوم ، وتفصيلها مستوفى فى البدائع ولخصه ط عن الهندية (قوله كون الأجرة والمنفعة معلومتين) أما الأول فكقوله بكذا دراهم أو دنانير وينصرف إلى غالب نقد البلد ، فلو الغلبة مختلفة فسدت الإجارة ما لم يبين نقدا منها فلو كانت كيليا أو وزنيا أو عدديا متقاربا فالشرط بيان القدر والصفة ، وكذا مكان الإيفاء لو له حمل ومؤنة عنده ، وإلا فلا يحتاج إليه كبيان الأجل ، ولو كانت ثيابا أو عروضا فالشرط بيان الأجل والقدر والصفة لو غير مشارا إليها ، ولو كانت حيوانا فلا يجوز إلا أن يكون معينا بحر ملخصا : وأما الثانى فيأتى فى المتن قريبا (قوله ساعة فساعة) لأن المنفعة عرض لاتبقى زمانين ، فإذا كان حدوثه كذلك فيملك بدله كذلك قصدا للتعادل ، لكن ليس له المطالبة بالبدل إلا بمضى منفعة مقصودة كاليوم فى الدار والأرض والمرحلة فى الدابة كما سيأتى (قوله وهل تنعقد بالتعاطى) قال فى الوهبانية :

* وقد جوّزوها فى القدور تعاطيا * قال الشرنبلالى : المسألة من الظهيرية : استأجر من آخر قدورا بغير

---

(١) (قوله يعنى أن الإجارة بلا عوض الخ) قال شيخنا : والفرق أن الإعارة من التعاور وهو التناوب ، والتناوب قد يكون بأجر ، وقد يكون بدونه ؛ فإذا ذكر البدل فى الإعارة يكون المراد أحد مايتناوله اللفظ ، بخلاف الإجارة فإنها اسم للانتفاع بعوض فإذا ذكر فيها نفى العوض لانستطيع صرفه للإعارة ، لما علمت من أن الإجارة خاصة بانتفاع فيه عوض ؛ وبين أول الكلام وآخره تناف فإن لفظ الإجارة يقتضى عوضا ، وقد صرح بنفيه فتعين أن يكون إجارة فاسدة اه .

ظاهر الخلاصة نعم إن علمت المدة : وفى البزازية إن قصرت نعم وإلا لا (ويعلم النفع ببيان المدة كالسكنى والزراعة مدة كذا) أى مدة كانت وإن طالت ولو مضافة كآجرتكها غدا ، وللمؤجر بيعها اليوم ، وتبطل الإجارة به يفتى خانية (ولم تزد فى الأوقاف على ثلاث سنين) فى الضياع وعلى سنة

أعيانها لايجوز للتفاوت بينها صغرا وكبرا ، فلو قبلها المستأجر على الكراء الأول جاز وتكون هذه إجارة مبتدأة بالتعاطى ، وتخصيصه فى النظم بالقدور اتباع للنقل وإلا فهو مطرد فى غيرها .

ففى البزازية غير الإجارة الطويلة ينعقد بالتعاطى لاالطويلة ، لأن الأجرة غير معلومة لأنها تكون فى سنة دانقا أو أقل أو أكثر اه . وفى التاترخانية عن التتمة : سألت أبا يوسف رحمه الله تعالى عن الرجل يدخل السفينة أو يحتجم أو يفتصد أو يدخل الحمام أو يشرب الماء من السقاء ثم يدفع الأجرة وثمن الماء . قال : يجوز استحسانا ولا يحتاج إلى العقد قبل ذلك اه .

قلت : ومنه ما قدمناه عنها من انعقادها بغير لفظ ، وسيأتى فى المتفرقات عن الأشباه السكوت فى الإجارة رضا وقبول . وفى حاوى الزاهدى رامزا استأجر من القيم دارا وسكن فيها ثم بقى ساكنا فى السنة الثانية بغير عقد وأخذ القيم شيئا من الأجرة فإنه ينعقد به فى كل السنة لا فى حصة ما أخذ فقط اه ومثله فى القنية فى باب انقضاء الإجارة بعد انقضاء مدتها ووجوب الأجر بغير عقد حامدية (قوله ظاهر الخلاصة نعم) عبارتها كعبارة البزازية المذكورة آنفا (قوله إن علمت المدة) صوابه الأجرة . قال فى المنح بعد نقل ما فى الخلاصة : ومفاده أن الأجرة إذا كانت معلومة فى الإجارة الطويلة تنعقد بالتعاطى ، لأنه جعل العلة فى عدم انعقادها كون الأجرة فيها غير معلومة ، والله تعالى أعلم اه (قوله وفى البزازية) يوهم أنه غير ما فى الخلاصة مع أن عبارتهما واحدة ، ثم إن الإجارة الطويلة على ما سيأتى بيانها الأجرة فيها معلومة لكنها فيما عدا السنة الأخيرة تكون بشىء يسير فتأمل (قوله ببيان المدة) لأنها إذا كانت معلومة كان قدر المنفعة معلوما (قوله وإن طالت) أى ولو كانت لا يعيشان إلى مثلها عادة ، واختاره الخصاف ، ومنعه بعضهم بحر . وظاهر إطلاق المتون ترجيح الأول (قوله وللمؤجر بيعها اليوم) أى قبل مجىء وقتها بناء على أن المضافة تنعقد ولكنها غير لازمة ، وهو أحد تصحيحين . وأيد عدم اللزوم بأن عليه الفتوى كما سيأتى فى المتفرقات . وفى البزازية : فإن جاء غد والمؤجر عاد إلى ملكه بسبب مستقبل لا تعود الإجارة ، وإن رد بعيب بقضاء أو رجع فى الهبة عادت إن قبل مجىء الغد (قوله فى الأوقاف) وكذا أرض اليتيم كما فى الجوهرة ، وأفتى به صاحب البحر والمصنف ، وأكثر كلامهم على أنه المختار المفتى به لوجود العلة فيهما وهى صونهما عن دعوى الملكية بطول المدة ، بل هذا أولى(١) رملى وسيأتى عن الخانية أيضا .

وفى فتاوى الكازرونى عن شيخه حنيف الدين المرشدى : وأما أراضى بيت المال فإطلاقهم يقتضى جوازها مطلقا . وأيضا اتساعهم فى جواز تصرف الإمام فيها بيعا وإقطاعا يفيده اه ملخصا ، لكن فى حاشية الرملى أنها مثل عقار اليتيم . قال فى الحامدية والوجه ما قاله اه . وفى الخيرية من الدعوى : أراضى بيت المال جرت على رقبتها أحكام الوقوف المؤبدة اه (قوله على ثلاث سنين) محله ما إذا آجره غير الواقف وإلا فله ذلك . وفى القنية آجر الواقف عشر سنين ثم مات بعد خمس وانتقل إلى مصرف آخر انتقضت الإجارة ويرجع بما بقى فى تركة الميت ط عن سرى الدين .

---

(١) (قوله بل هذا أولى) لعل وجهه أن الوقف غالبا يكون مشهورا ، فلو ادعى المستأجر الملكية يمكن أن تقام عليه الشهرة حجة وأيضا مال اليتيم ليس له إلا خصم واحد ، بخلاف الوقف فإنه تصح دعوى كل أحد أنه وقف لأنه حق الله ولو مآلا اه .

فى غيرها كما مر فى بابه . والحيلة أن يعقد عقودا متفرقة كل عقد سنة بكذا ، فيلزم العقد الأول لأنه ناجز ، لا الباقى لأنه مضاف ، وللمتولى فسخه خانية . وفيها لو شرط الواقف مدة يتبع إلا إذا كانت إجارتها أكثر نفعا فيؤجرها القاضى لا المتولى لأن ولايته عامة .

قلت : وقدمنا فى الوقف أن الفتوى على إبطال الإجارة الطويلة ولو بعقود ، وسيجىء متنا فليراجع وليحفظ (فلو آجرها المتولى أكثر لم تصح) الإجارة وتفسخ فى كل المدة لأن العقد إذا فسد فى بعضه فسد فى كله فتاوى قارىء الهداية .

قلت : وفيه كلام سيذكره الشارح آخر باب الفسخ (قوله فى غيرها) كالدار والحانوت (قوله كما مر فى بابه) أى فى كتاب الوقف متنا . قال الشارح هناك إلا إذا كانت المصلحة بخلاف ذلك وهذا مما يختلف زمنا وموضعا اه وما مشى عليه المصنف هنا من الإطلاق تبعا للمتون . قال فى الهداية هو المختار ، وما حمله عليه الشارح موافقا لما قدمه فى الوقف هو ما أفتى به الصدر الشهيد . قال فى المحيط : وهو المختار للفتوى كما فى البحر (قوله والحيلة) أى إذا احتاج القيم أن يؤجر الوقف إجارة طويلة (قوله متفرقة) عبارة الخانية مترادفة . قال : ويكتب فى الصك استأجر فلان بن فلان أرض كذا أو دار كذا ثلاثين سنة بثلاثين عقدا كل عقد سنة بكذا من غير أن يكون بعضها شرطا فى بعض اهـ وليتنظر هل يشترط أن يعقد على كل سنة بعقد مستقل أو يكفى قوله استأجرت ثلاثين سنة بثلاثين عقدا فينوب عن تكرار العقود ؟ والظاهر الأول لقوله والحيلة أن يعقد عقودا مترادفة تأمل (قوله كل عقد سنة) أقول : قيد بالسنة ليصح فى الضياع وغيرها لا لأنه لازم مطلقا ، لأنه لو جعله فى الضياع كل عقد ثلاث سنين صح ، بخلاف الأربع فأكثر فيها والزائد على السنة فى غيرها فإن الحيلة حينئذ لا تجدى نفعا (قوله لا الباقى الخ) مبنى على المفتى به من عدم لزوم المضافة كما قدمه ويأتى (قوله يتبع) أى شرطه لأن اتباع شرطه لازم (قوله إلا إذا كانت الخ) بأن كان الناس لا يرغبون فى استئجارها سنة وإيجارها أكثر من سنة أدر على الوقف وأنفع للفقراء إسعاف (قوله فيؤجرها القاضى) قال فى الإسعاف : ولو استثنى فى كتاب وقفه فقال لا تؤجر أكثر من سنة إلا إذا كان أنفع للفقراء فحينئذ يجوز إيجارها إذا رأى ذلك خيرا من غير رفع إلى القاضى للإذن له منه فيه (قوله لأن ولايته عامة) لأن له ولاية النظر للفقراء والغائبين والموتى إسعاف ، والظاهر أنه لو أذن فى ذلك للمتولى صح فافهم (قوله قلت الخ) فالحيلة حينئذ أن يحكم بها حنبلى كما يفعل فى زماننا (قوله وسيجىء متنا) لم أره ، نعم سيجىء شرحا بعد صفحة (قوله وتفسخ فى كل المدة) أى لا فى الزائدة فقط (قوله لأن العقد الخ) هذا ما استظهره فى الخانية .

قال فى المنح : وفى فتاوى قاضيخان : الوصى إذا آجر أرض اليتيم أو استأجر لليتيم أرضا بمال اليتيم إجارة طويلة رسمية(١) ثلاث سنين لا يجوز ذلك ، وكذلك أبو الصغير ومتولى الوقف ، لأن الرسم فيها أن يجعل شىء يسير من مال الإجارة بمقابلة السنين الأولى ومعظم المال بمقابلة السنة الأخيرة ، فإن كانت الإجارة لأرض اليتيم أو الوقف لا تصح فى السنين الأولى لأنها بأقل من أجر المثل ، فإن استأجر أرضا لليتيم أو للوقف ففى السنة الأخيرة يكون الاستئجار بأكثر من أجر المثل فلا يصح ، وإذا فسدت فى البعض فى الوجهين هل يصح فيما كان خيرا لليتيم والوقف على قول من يجعل الإجارة الطويلة عقداً واحدا لا يصح . وعلى قول من يجعلها عقودا يصح فيما

---

(١) (قوله رسمية الخ) قال شيخنا : عبارة المنح وقاضيخان رسمت بصيغة الفعل . قال : وحينئذ تكون العبارة ظاهرة فى أنها عقود كثيرة رسم كل عقد بثلاث سنين اهـ .

ورجحه المصنف على ما فى أنفع الوسائل . وأفاد فساد ما يقع كثيرا من أخذ كرم الوقف أو اليتيم مساقاة ، فيستأجر أرضه الخالية من الأشجار بمبلغ كثير ، ويساقى على أشجارها بسهم من ألف سهم ، فالحظ ظاهر فى الإجارة لا فى المساقاة فمفاده فساد المساقاة بالأولى لأن كلا منهما عقد على حدة .

كان خيرا لليتيم ولا يصح فيما كان شرا له ، والظاهر هو الفساد فى الكل اه وقوله ثلاث سنين الظاهر أن المراد عقود كل عقد ثلاث سنين يدل عليه أول كلامه وآخره فتأمل (قوله ورجحه المصنف على مافى أنفع الوسائل) أى من أنه يفسخ الزائد على الثلاث فى الضياع وعلى السنة فى غيرها سواء كانت عقدا واحدا زائدا على ماذكر أو عقودا متفرقة ، حتى لو عقد فى الضياع على أربع سنين مثلا بعقد أو أكثر يصح فى ثلاث ويفسخ فى الباقى، وهل يحتاج ذلك الفسخ إلى طلب الناظر أم ينفسخ بدخول المدة الزائدة ؟ الظاهر الأول، وتمامه فى أنفع الوسائل .

قلت : لكن فى شرح البيرى عن خزانة الأكمل : استأجر حجرة موقوفة ثلاثين سنة بقفيز حنطة فهى باطلة إلا فى السنة الأولى اه ومثله فى تلخيص الكبرى معزيا إلى أبى جعفر اه ومقتضاه البطلان بلا طلب (قوله وأفاد) أى المصنف حيث قال بعد عبارة الخانية : قلت يستفاد من هذا فساد مايقع الخ (قوله فيستأجر أرضه الخالية) أى بياضها بدون الأشجار ، وإنما لايصح استئجار الأشجار أيضا لما مر أنها تمليك منفعة، فلو وقعت على استهلاك العين قصدا فهى باطلة . قال الرملى : وسيأتى فى إجارة الظئر أن عقد الإجارة على استهلاك الأعيان مقصودا كمن استأجر بقرة ليشرب لبنها لايصح ، وكذا لو استأجر بستانا ليأكل ثمره . قال : وبه علم حكم إجارات الأراضى والقرى التى فى يد المزارعين لا كل خراج المقاسمة منها ، ولا شك فى بطلانها والحال هذه ، وقد أفتيت بذلك مراراً اه (قوله بمبلغ كثير) أى بمقدار مايساوى أجرة الأرض وثمن الثمار (قوله ويساقى على أشجارها) يعنى قبل عقد الإجارة وإلا كانت إجارة الأرض مشغولة فلا تصح كما سيأتى .

وفى مسائل الشيوع من البزازية : استأجر أرضا فيها أشجار أو أخذها زراعة وفيها أشجار، إن كان فى وسطها لايجوز إلا إذا كان فى الوسط شجرتان صغيرتان مضى عليهما حول أو حولان لا كبيرتان ، لأن ورقهما وظلهما يأخذ الأرض والصغار لاعروق لها ، وإن كان فى جانب من الأرض كالمسناة والجداول يجوز لعدم الإخلال اه (قوله بسهم) أى بإعطاء سهم واحد لليتيم أو الوقف والباقى للعامل (قوله فمفاده) أى مفاد ماتقدم من قوله فتفسخ (١) فى كل المدة الخ . وقدمنا أن المصنف استفاده من كلام الخانية ، وهو بمعنى مااستفاده منه الشارح(٢) فافهم (قوله بالأولى) وجه الأولوية أنه إذا فسد العقد فى كل المدة مع اشتماله على ماهو خير لليتيم وشر له ففساد عقد مستقل هو شر محض لليتيم أولى بالفساد .

ثم اعلم أنه حيث فسدت المساقاة بقيت الأرض مشغولة فيلزم فساد الإجارة أيضا كما قدمناه وإن كان الحظ والمصلحة فيها ظاهرين ، فتنبه لهذه الدقيقة . وفى فتاوى الحانوتى : التنصيص فى الإجارة على بياض الأرض لايفيد الصحة حيث تقدم عقد الإجارة على عقد المساقاة ، أما إذا تقدم عقد المساقاة بشروطه كانت الإجارة صحيحة كما صرح به فى البزازية ، وإذا فسدت صارت الأجرة غير مستحقة لجهة الوقف والمستحق إنما هو الثمرة فقط، وحيث فسدت المساقاة لكونها بجزء يسير لجهة الوقف كان للعامل أجر مثل عمله وهذا بالنسبة إلى الوقف .

---

(١) (قوله من قوله فتفسخ الخ) الذى تقدم وتفسخ بالواو كما هو فى الشارح اه مصححه .

(٢) (قوله مااستفاده منه الشارح) هو قوله فلو آجر المتولى أكثر لم تصح وتفسخ الإجارة . ووجه الإفادة أنه حيث قلنا بعدم صحة الإجارة الطويلة لعدم تمحضها للخيرية بل هى بالنسبة لآخر المدة نفع الوقف أو اليتيم ، وبالنسبة لأولها ضر ، وعليهما فالأولى أن نقول بفساد ماهو ضرر محض وعقد واحد وذلك عقد المساقاة ويتبعه عقد الإجارة على مايذكره المحشى اه .

قلت : وقيدوا سراية الفساد فى باب البيع الفاسد بالفاسد القوى المجمع عليه فيسرى كجمع بين حر وعبد ، بخلاف الضعيف فيقتصر على محله ولا يتعداه كجمع بين عبد ومدبر فتدبر ، وجعلوه أيضا من الفساد الطارئ فتنبه :

ومن حوادث الروم : وصى زيد باع ضيعة من تركته لدين على أنها ملكه ثم ظهر أن بعضها وقف مسجد هل يصح البيع فى الباقى ؟ أجاب فريق بنعم وفريق بلا ، وألف بعضهم رسالة ملخصها ترجيح الأول فتأمل .

وفى جواهر الفتاوى : آجر ضيعة وقفا ثلاث سنين وكتب فى الصك أنه أجر ثلاثين عقدا كل عقد عقيب الآخر لا تصح الإجارة وهو الصحيح وعليه الفتوى صيانة للأوقاف : ثم قال : ولو قضى قاض بصحتها تجوز ويرتفع الخلاف اه :

قلت : وسيجىء أن المتولى والوصى لو آجر بدون أجرة يلزم المستأجر تمام أجر المثل وأنه يعمل بالأنفع للوقف : وفى صلح الخانية متى فسد العقد فى البعض بمفسد مقارن يفسد فى الكل :

(و) يعلم النفع أيضا ببيان (العمل كالصياغة والصبغ والخياطة)

وأما مساقاة المالك فلا ينظر فيها إلى المصلحة كما لو أجر بدون أجر المثل اه ملخصا . وفيه تصريح بما استفاده المصنف وبما نبهنا عليه فليحفظ (قوله قلت الخ) هو تأييد لما فى أنفع الوسائل ح (قوله فتدبر) أشار إلى أن مقتضى هذا أن تفسد فى القدر الزائد فقط لأنه قد جمع بين جائز وفاسد فى عقد واحد ، والفساد غير قوى لعدم الاتفاق عليه فلا يسرى لأن المتقدمين لم يقدروها بمدة (قوله وجعلوه أيضا من الفساد الطارئ) هذه تقوية أخرى : أى فلا يسرى وفى كونه طارئا تأمل ط :

قلت : لعل وجه طريانه كونها تنعقد ساعة فساعة (قوله فتنبه) لعله أشار به إلى ماقلنا (قوله ومن حوادث الروم الخ) تقوية أخرى ، فإن البيع أقوى من الإجارة ، وقد صدر فى الملك والوقف بعقد واحد وصح فى الملك ط (قوله لدين) أى على زيد الميت (قوله على أنها ملكه) أى بناء على أنها كلها كانت ملك زيد الميت (قوله ملخصها ترجيح الأول) قدمنا عن النهر فى باب البيع الفاسد عند قوله بخلاف بيع قن ضم إلى مدبر مايؤيده (قوله فتأمل) أشار به إلى أن الإجارة تصح فيما عدا الزائد كذلك بل أولى لما مر (قوله وفى جواهر الفتاوى الخ) يحتمل أن يكون تأييدا رابعا بقوله ولو قضى قاض بصحتها يجوز ، فإنه يفيد أنه مثل الجمع بين العبد والمدبر لا الحر والعبد فيكون تأييدا للتأييد الأول . والظاهر أنه شروع فى تأييد مااختاره المصنف حيث أطلق عدم الصحة فشملت العقود كلها مع أن العقد الأول ناجز ، وظاهر كلام عدم صحته أيضا . ووجهه كما فى الولوالجية أن هذا العقد عقد واحد صورة وإن كان عقودا من حيث المعنى بعضها ينعقد فى الحال وبعضها مضاف إلى الزمان المستقبل اه (قوله ثلاث سنين) صوابه ثلاثين سنة كما هو فى المنح وغيرها ، ووجدته كذلك فى بعض النسخ مصلحا (قوله صيانة للأوقاف) أى من أن يدعى المستأجر ملكيتها لطول المدة وإلا فالوجه يقتضى صحة العقد الأول لأنه ناجز وما بعده مضاف ، وفى لزومه تصحيحان كما قدمناه ، ولكن اعتبر عقدا واحدا كما مر لأجل ذلك ولهذا قدرها المتأخرون بالسنة أو الثلاث مخالفين لمذهب المتقدمين (قوله ولو قضى قاض الخ) أى مستوفيا شرائط القضاء ولكن هذا فى غير القاضى الحنفى ، أما قضاة زماننا الحنفية المأمورون بالحكم بمعتمد المذهب فلا تصح (قوله قلت وسيجىء) أى فى أواخر هذا الباب هذا تأييد أيضا لما رجحه المصنف . ووجهه أنه حيث اختلفت الآراء فى سراية الفساد وعدمها يرجح ماهو الأنفع للوقف وهو السريان لئلا يقدم مرة أخرى على هــذا العقد (قوله وفى صلح الخانية) ذكره

بما يرفع الجهالة ، فيشترط فى استئجار الدابة للركوب بيان الوقت أو الموضـــع ، فلو خلا عنهما فهى فاسدة بزازية :

(و) يعلم أيضا (بالإشارة كنقل هذا الطعام إلى كذا . و) اعلم أن (الأجر لايلزم بالعقد فلا يجب تسليمه) به (بل بتعجيله أو شرطه فى الإجارة) المنجزة ، أما المضافة فلا تملك فيها الأجرة بشرط التعجيل إجماعا : وقيل تجعل عقودا فى كل الأحكام فيفى برواية تملكها بشرط التعجيل للحاجة شرح وهبانية للشرنبلالى (أو الاستيفاء)

المصنف فى المنح تأييدا لما رجحه ، ولـكن مافى الخانية ذكره فى صلح الزوجة عن نصيبها على أن يكون نصيبها من الدين للورثة وفى شمول ذلك لمسألتنا تأمل ، إذ قد مر أنهم جعلوها من الفساد الطارئ وما فى الخانية فى الفساد المقارن ، نعم مانقلناه سابقا عن الخانية من قوله والظاهر هو الفساد فى الكل يفيد ترجيحه ، وحيث علمت مامر عن جواهر الفتاوى أنها لاتصح الإجارة الطويلة إذا كانت عقودا مع أن العقد الأول ناجز ، فما ظنك فيما إذا كانت بعقد واحد لفظا ومعنى ؛ فالظاهر اعتماد مارجحه المصنف من كلام قارئ الهداية ، فإن له سندا قويا وهو مافى الخانية وجواهر الفتاوى ، هذا ماظهر للفهم القاصر ، والله تعالى أعلم (قوله بما يرفع الجهالة) فلا بد أن يعين الثوب الذى يصبغ ولون الصبغ أحمر أو نحوه وقدر الصبغ إذا كان يختلف . وفى المحيط : لو استأجره لقصر عشرة أثواب ولم يرها فالإجارة فاسدة لأنه يختلف بغلظه ورقته ذكره فى البحر (قوله بيان الوقت أو الموضع) قال فى البزازية : استأجر دابة ليشيع عليها أو يستقبل الحاج لايصح بلا ذكر وقت أو موضع . وفيها : استأجرها من الـكوفة إلى الحيرة يبلغ عليها إلى منزله ويركبها من منزله وكذا فى حمل المتاع . وفيها : استأجر أجيرا ليعمل له يوما فهو من طلوع الشمس بحكم العادة (قوله فهى فاسدة) أى فلا يجب أجر المثل إلا بحقيقة الانتفاع ط (قوله بالإشارة الخ) لأنه إذا علم المنقول والمكان المنقول إليه صارت المنفعة معلومة ، وهذا النوع قريب من النوع الأول زيلعى . وحاصله أن الإشارة أغنت عن بيان المقدار فقط (قوله لايلزم بالعقد) أى لايملك به كما عبر فى الـكنز ، لأن العقد وقع على المنفعة وهى تحدث شيئا فشيئا وشأن البدل أن يكون مقابلا للمبدل ، وحيث لايمكن استيفاؤها حالا لايلزم بدلها حالا إلا إذا شرطه ولو حكما بأن عجله لأنه صار ملتزما له بنفسه حينئذ وأبطل المساواة التى اقتضاها العقد فصح (قوله بل بتعجيله) فى العتابية : إذا عجل الأجرة لايملك الاسترداد ، ولو كانت عينا فأعارها أو أودعها رب الدار فهو كالتعجيل . وفى المحيط : لو باعه بالأجرة عينا وقبض جاز لتضمنه تعجيل الأجرة طورى (قوله أو شرطه) فله المطالبة بها وحبس المستأجر عليها وحبس العين المؤجرة عنه ، وله حق الفسخ إن لم يعجل له المستأجر كذا فى المحيط ، لـكن ليس له بيعها قبل قبضها بحر ، وانظر كيف جاز هذا الشرط مع أنه مخالف لمقتضى العقد وفيه نفع أحدهما ط :

قلت : هو فى الحقيقة إسقاط لما استحقه من المساواة التى اقتضاها العقد فهو كإسقاط المشترى حقه فى وصف السلامة فى المبيع وإسقاط البائع تعجيل الثمن بتأخيره عن المشترى مع أن العقد اقتضى السلامة وقبض الثمن قبل قبض المبيع تأمل (قوله أما المضافة الخ) أى فيكون الشرط باطلا ولا يلزمه للحال شىء ، لأن امتناع وجوب الأجرة فيها بالتصريح بالإضافة إلى المستقبل والمضاف إلى وقت لا يكون موجودا قبله فلا يتغير عن هذا المعنى بالشرط ، بخلاف المنجزة لأن العقد اقتضى المساواة وليس بمضاف صريحا فيبطل ما اقتضاه بالتصريح بخلافه زيلعى ملخصا (قوله وقيل تجعل عقودا الخ) هذا الـكلام فى المضافة الطويلة وهى ما قدمه الشارح عن جواهر الفتاوى . ولها صورة أخرى ، وهى أن يؤجرها ثلاثين سنة عقودا متوالية غير ثلاثة أيام من آخر كل سنة ويجعل

للمنفعة (أو تمكنه منه) إلا فى ثلاث مذكورة فى الأشباه . ثم فرّع على هذا بقوله (فيجب الأجر لدار قبضت ولم تسكن) لوجود تمكنه من الانتفاع ، وهذا (إذا كانت الإجارة صحيحة ، أما فى الفاسدة فلا) يجب الأجر (إلا بحقيقة الانتفاع) كما بسط فى العمادية ، وظاهر ما فى الإسعاف إخراج الوقف فتجب أجرته فى الفاسد بالتمكن كذا فى الأشباه .

معظم الأجرة للسنة الأخيرة والباقى لما قبلها ، أما استثناء الأيام فيكون كل منهما قادرا على الفسخ ، وأما جعل الأجرة القليلة لما عدا الأخيرة فلئلا يفسخ المؤجر الإجارة فى تلك الأيام ، فلو أمنا الفسخ لا تلزم تلك القيود ، وهذا بناء على أن المضافة لازمة ، فإذا احتاج الناظر إلى تعجيل الأجرة يعقد كذلك ، ولكن أورد أنه إن اعتبرت عقدا واحدا يلزم ثبوت الخيار فى عقد واحد أكثر من ثلاثة أيام ، وإن عقودا فلا تملك بالتعجيل ولا باشتراطه لأنها مضافة فيفوت الغرض . وأجيب إنما اختاره الصدر الشهيد من أنها تجعل عقدا واحدا فى حق ملك الأجرة بالتعجيل أو اشتراطه وعقودا فى حق سائر الأحكام ؛ وبأنا لم نجعل تلك الأيام مدة خيار بل خارجة عن العقد ، وبهذا تعلم أن كلام الشارح غير محرر (قوله أو تمكنه منه) فى الهداية : وإذا قبض المستأجر الدار فعليه الأجرة وإن لم يسكن ؛

قال فى النهاية : وهذه مقيدة بقيود : أحدها التمكن ، فإن منعه المالك أو الأجنبى أو سلم الدار مشغولة بمتاعه لا تجب الأجرة . الثانى أن تكون صحيحة ، فلو فاسدة فلابد من حقيقة الانتفاع . الثالث أن التمكن يجب أن يكون فى محل العقد ، حتى لو استأجرها للكوفة فأسلمها فى بغداد بعد المدة فلا أجر . الرابع أن يكون متمكنا فى المدة ، فلو استأجرها إلى الكوفة فى هذا اليوم وذهب بعد مضى اليوم بالدابة ولم يركب لم يجب الأجر لأنه إنما تمكن بعد مضى المدة طورى ، وبه علم أن الأولى ذكر القيود فيستغنى عن قوله إلا فى ثلاث كما سيظهر لك (قوله إلا فى ثلاث) الأولى إذا كانت الإجارة فاسدة . الثانية إذا استأجر دابة للركوب خارج المصر فحبسها عنده ولم يركبها . الثالثة استأجر ثوبا كل يوم بدانق فأمسكه سنين من غير لبس لم يجب أجر ما بعد المدة التى لو لبسه فيها لتخرق ، وفى هذا الاستثناء نظر ، لأن الكلام فى الصحيحة كما هو صريح المتن على أن الفاسدة سيذكرها ، ولأن الثانية والثالثة يستغنى عنهما بذكر القيود السابقة للمسألة ، فإن الثانية خارجة بالقيد الثالث لعدم التمكن فى المكان المضاف إليه العقد ، بخلاف ما لو استأجرها للركوب فى المصر لتمكنه منه إتقانى ، والثالثة لم يوجد فيها التمكن فى المدة التى سقط أجرها فهى خارجة بالرابع (قوله ثم فرّع على هذا) أى الأخير وهو التمكن من الانتفاع ط (قوله لدار قبضت) أى خالية من الموانع (قوله إلا بحقيقة الانتفاع) أى إذا وجد التسليم إلى المستأجر من جهة الآجر ، أما إذا لم يوجد من جهته فلا أجر وإن استوفى المنفعة إتقانى .

واعلم أن الأجر الواجب فى الفاسدة مختلف ، تارة يكون المسمى ، وتارة يكون أجر المثل بالغا ما بلغ ، وتارة لا يتجاوز المسمى ، وسيأتى بيانه فى بابها (قوله وظاهر ما فى الإسعاف) حيث قال : ولو استأجر أرضا أو دارا وقفا إجارة فاسدة فزرعها أو سكنها يلزمه أجرة مثلها وإلا لا على قول المتقدمين . قال فى المنح : فأخذ مولانا صاحب البحر من مفهومه ما ذكره فإنه يفيد لزوم الأجر على قول المتأخرين وهذا ظاهر .

إذا علمت ذلك ظهر لك أن منلا خسرو أطلق فى محل التقييد اهـ . ولا يخفى عليك أنه وارد على متنه أيضا . وتعقبه العلامة البيرى فقال : لم نر فى المسألة للمتأخرين كلاما . والذى رأيناه فى وقف الناصحى : وإن كانت الإجارة فاسدة فقبضها المستأجر فلم يزرع الأرض أو لم يسكن الدار فلا شيء عليه ثم قال : فيؤخذ من هذا أن المستأجر

قلت : وهل مال اليتيم والمعدّ للاستغلال والمستأجر فى البيع وفاء على ما أفتى به علماء الروم كذلك ؟ محل تردد فليراجع ، وبقوله (ويسقط الأجر بالغصب) أى بالحيلولة بين المستأجر والعين لأن حقيقة الغصب لاتجرى فى العقار ، وهل تنفسخ بالغصب ؟ قال فى الهداية نعم خلافا لقاضيخان ، ولو غصب فى بعض المدة فبحسابه (إلا إذا أمكن إخراج الغاصب) من الدار مثلا (بشفاعة أو حماية) أشباه (ولو أنكر ذلك) أى الغصب (المؤجر) وادعاه المستأجر (ولا بينة له بحكم الحال) كمسألة الطاحونة ،

للوقف فاسدا لايعد غاصبا ولا يجب عليه الأجر إن لم ينتفع به ، ثم نقل عن الأجناس التصريح بأنها لاتجب إلا بحقيقة الاستيفاء : قال : ولا تزاد على ما رضى به المؤجر اه

أقول : عدم الوقوف على التصريح بذلك فى كلام المتأخرين لاينافيه أبو السعود فى حواشى الأشباه : أى الاحتمال أن مافى وقف الناصحى والأجناس على مذهب المتقدمين فلا ينافى مفهوم الإسعاف ، والله تعالى أعلم (قوله والمستأجر فى البيع وفاء) بفتح الجيم ، يعنى إذا استأجر من المشترى ما باعه منه وفاء بعد قبض المبيع صح كما مر قبيل الكفالة :

قال الشارح هناك : قلت وعليه فلو مضت المدة وبقى فى يده ، فأفتى علماء الروم بلزوم أجر المثل : واعترضه شيخ مشايخنا السائحانى بأن الأملاك الحقيقية لم تجب الأجرة بالتمكن فى فاسد إجارتها فكيف هذا اه . وقال ط : وفيه أنه لا إجارة أصلا بعد انقضاء المدة فتدبر اه :

اقول : ولا سيما على المعتمد من أنه فى حكم الرهن فإنه لا يلزمه الأجر ولو استوفى المنفعة فى المدة ولو بعد القبض كما فى النهاية : وأفتى به فى الخيرية والحامدية من كتاب الرهن ، خلافا لما قدمه الشارح عن الجلبى قبيل الكفالة . وقال فى البزازية : من جعله فاسدا قال لاتصح الإجارة ولا يجب شىء ، وكذا من جعله رهنا ، ومن جوّزه جوز الإجارة من البائع وغيره وأوجب الأجر اه (قوله محل تردد) أقول : لا تردد فى مال اليتيم لأن منافعه تضمن بالغصب وهذا من قبيله سائحانى ، وينافيه ما قدمناه آنفا عن البيرى من أن المستأجر للوقف فاسدا لايعد غاصبا الخ (قوله بالغصب) لأن تسليم المحل إنما أقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع ، فإذا فات التمكن فات التسليم منح : قال الرملى : فلو لم تفت المنفعة بالغصب كغصب الأرض المقررة للغرس والبناء مع الغرس والبناء لاتسقط لوجوده معه وهى كثيرة الوقوع فتأمل (قوله لاتجرى فى العقار) أى خلافا لمحمد (قوله وهل تنفسخ بالغصب الخ) ثمرة الخلاف تظهر فيما إذا زال الغصب قبل انقضاء المدة فعلى القول بعدم الفسخ يستوفى ما بقى من المدة وعليه الأجر بحسابه أبو السعود وكلام المصنف مفرع عليه (قوله ولو غصب فى بعض المدة فبحسابه) وكذا لو سامه الدار إلا بيتا أو سكن معه فيها كما فى البحر . وفى الشرنبلالية عن البرهان : ويسقط الأجر بغرق الأرض قبل زرعها ، وإن اصطلمه آفة سماوية لزمه الأجر تاما فى رواية عن محمد لأنه قد زرعها ، والفتوى على أنه يلزمه أجر ما مضى فقط إن لم يتمكن من زرع مثله فى الضرر اه وسيذكره الشارح قبيل فسخ الإجارة ويذكر أنه اعتمده فى الوالوالجية وأنه فى الخانية جزم بالأول (قوله بشفاعة) أى باستعطاف خاطر الغاصب أو حماية أى دفع ذى شوكة ، فإن أمكن ذلك لا تسقط وإن لم يخرجه لأنه مقصر ، وأما لو لم يمكن إخراجه إلا بإنفاق مال فلا يلزمه كما فى التمنية وغيرها ذكره أبو السعود فى حاشية الأشباه (قوله بحكم الحال) فإن كان فيها غير المستأجر فالقول للمستأجر ولا أجر عليه بحر (قوله كمسألة الطاحونة) يعنى لو وقع الاختلاف بينهما بعد انقضاء المدة فى أصل انقطاع الماء عنها .

ولايقبل قول الساكن لأنه فرد ذخيرة ، وبقوله (ولايعتق قريب المؤجر لوكان أجرة) لأنه لم يملكه بالعقد ، والمراد من تمكنه من الاستيفاء تسليم المحل إلى المستأجر بحيث لا مانع من الانتفاع (فلو سلمه) العين المؤجرة (بعد مضى بعض المدة) المؤجرة (فليس لأحدهما الامتناع) من التسليم والتسلم فى باقى المدة (إذا لم يكن فى مدة الإجارة وقت يرغب فيها لأجله ، فإن كان فيها) أى فى العين المؤجرة (وقت كذلك) كبيوت مكة ومنى وحوانيتهما زمن الموسم فإنه لايرغب فيها بعد الموسم ، فلو لم يسلم فى الوقت الذى يرغب لأجله (خير فى قبض الباقى) كما فى البيع كذا فى البحر ، ولو سلمه المفتاح فلم يقدر على الفتح لضياعه ، وإن أمكنه الفتح بلا كلفة وجب الأجر وإلا لا أشباه .

وفى الخامس والعشرين فى الاختلاف من التتارخانية : الاختلاف هنا على وجهين : إما فى مقدار المدة بأن قال المؤجر انقطع الماء خمسة أيام والمستأجر عشرة ، وإما فى أصل الانقطاع بأن قال المستأجر انقطع عشرة أيام وأنكره المؤجر ، ففى أول القول للمستأجر مع يمينه ، وفى الثانى يحكم الحال ، إن كان الماء جاريا وقت الخصومة فالقول للمؤجر مع يمينه ، وإن منقطعا وقتها فللمستأجر اه ملخصا : ولا يخفى أن هذا حيث لا بينة كما ذكره المصنف، ولذا قال فى الذخيرة : ولو أقام المستأجر البينة أن الماء كان منقطعا فيما مضى يقضى بها وإن كان جاريا للحال اه وسيذكر المصنف المسألة آخر باب ضمان الأجير (قوله ولايقبل قول الساكن الخ) أى فى مسألة الغصب يعنى لو آجره الدار وفيها شخص ساكن وخلى بينه وبينها فقال بعد المدة منعنى الساكن ولابينة له والساكن مقر أو جاحد لايلتفت إلى قول الساكن لأنه شاهد على الغير أو مقر وشهادة الفرد والإقرار على الغير لا يقبل ، فبقى الاختلاف بينهما ، فينظر إن كان المستأجر هو الساكن حال المنازعة فالقول للمؤجر ، وإن كان الساكن غيره فللمستأجر ذخيرة (قوله وبقوله) عطف على بقوله السابق فيفيد أنه مفرع على التمكن أيضا مع أنه من فروع قوله ولا يلزم بالعقد فكان عليه إبقاء المتن على حاله وجعلها مسألة مستقلة (قوله لأنه لم يملكه بالعقد) فإن قيل يشكل عليه صحة الإبراء عن الأجرة والكفالة والرهن بها :

قلت : لا إذ ذلك بناء على وجود السبب فصار كالعفو عن القصاص بعد الجرح إتقانى (قوله والمراد من تمكنه الخ) أشار إلى أن ما فى المتن تفريع على مقدر (قوله إلى المستأجر) يشمل الوكيل بالاستئجار ، لكن لو سكنها الوكيل بنفسه قال الثانى لا أجر . وقال محمد على الموكل ، لأن قبض الوكيل كقبضه فوقع القبض أولا للموكل وصار الوكيل بالسكنى غاصبا فلا يجب عليه الأجر وفيه نظر ، لأن الغصب من المستأجر يسقط الأجر بزازية (قوله فلو سلمه) أى أراد تسليمه فافهم (قوله المؤجرة) من باب الحذف والإيصال ح أى المؤجر فيها بخلاف المؤجر الأول كما هو ظاهر (قوله كما فى البيع) أى إذا اشترى نحو بيوت مكة قبل زمن الموسم فلم يقع التسليم إلا بعد فوته فإن المشترى يخير لفوات الرغبة ط ولم يعزه لأحد فليراجع . وقال ح : يعنى إذا استحق بعض المبيع فإن المشترى يتخير لتفرق الصفقة اه . قال شيخ مشايخنا الرحمتى : وهذا يقتضى أن يكون للمستأجر الخيار مطلقا سواء كان وقتا يرغب فيه أولا لتفرق الصفقة : ولأنه حيث منعه من التسليم فى أول المدة ربما يكون مضطرا إلى العين المؤجرة فيستأجر غيرها ، فإذا ألزمها بعد مضى بعض المدة ربما يتضرر بذلك فليتأمل اه : والأظهر ما قاله أبو الطيب : أى إذا لم يوجد فى البيع الصفة التى اشتراها للرغبة فيها كالخياطة والكتابة خير المشترى (قوله لضياعه) علة لعدم القدرة . وعبارة الذخيرة : وفى الجامع الأصغر : آجر من آخر حانوتا ودفع إليه المفتاح ولم يقدر على فتحه وضل المفتاح أياما ثم وجده ، فإن كان يمكن فتحه به فعليه أجر ما مضى وإلا فلا : وفى البزازية :

قلت : وكذا لو عجز المستأجر عن الفتح بهذا المفتاح لم يكن تسليما ، لأن التخلية لم تصح صيرفية ولو اختلفا بحكم الحال ، ولو برهنا فبينة المؤجر ذخيرة وكذا البيع : وقيل إن قال له اقبض المفتاح وافتح الباب فهو تسليم وإلا لا كما بسطه المصنف (وللمؤجر طلب الأجر للدار والأرض) كل يوم (وللدابة كل مرحلة) إذا أطلقه ، ولو بين تعين وللخياطة (ونحوها) من الصنائع (إذا فرغ وسلمه) فهلكه قبل تسليمه يسقط الأجر ،

إن قدر على الفتح بلا مؤنة لزم الأجر وإلا فلا ، وليس له أن يحتج ويقول هلا كسرت الغلق ودخلت (قوله ولو اختلفا) أى فى العجز وعدمه يحكم الحال :

قال فى الذخيرة : ولو اختلفا ولا بينة لهما ينظر إلى المفتاح الذى دفع إليه للحال ، إن لاءم هذا الغلق وأمكن فتحه به فالقول للمؤجر وإلا فللمستأجر (قوله ولو برهنا فبينة المؤجر) أى وإن كان المفتاح لا يلائم لأنه لا عبرة لتحكيم الحال متى جاءت البينة بخلافه كمسألة الطاحونة ، وإنما تقبل إذا كان المؤجر يدعى أنه كان يلائم الغلق ولكن غيره والمستأجر يقول لا بل لم يكن ملائما من الأصل ذخيرة (قوله وكذا البيع) أى إذا اشترى دارا وقبض مفتاحها ولم يذهب إليها ، فإن كان المفتاح بحالة يتهيأ له أن يفتحه من غير كلفة يكون قابضا وإلا فلا منح. وقد ظهر مما تقرر أن تسليم المفتاح مع التخلية بين المستأجر والدار وإمكان الفتح به بلا كلفة تسليم للدار فيجب الأجر بمضى المدة وإن لم يسكن ، وقيده فى القنية بأن يكون فى المصر حيث قال : وتسليم المفتاح فى السواد ليس بتسليم للدار وإن حصر فى المصر والمفتاح فى يده ، وأقره فى البحر والمنح ، لكنه بخلاف ما أفتى به قارئ الهداية وأقره محشو الأشباه كما سيأتى قبيل مسائل شتى (قوله للدار والأرض الخ) المراد كل ما تقع الإجارة فيه على المنفعة أو على قطع المسافة أو على العمل (قوله ولو بين تعين) أى لو بين وقت الاستحقاق فى العقد تعين ، ولذا قال فى العزمية هذا إذا لم تكن الأجرة معجلة أو مؤجلة أو منجمة وهذا قولهم جميعا على ما قرر فى الخلاصة اهـ فالمراد فيما ذكره المصنف ما إذا سكت عن البيان (قوله إذا فرغ وسلمه) اعلم أن أبا حنيفة كان أولا يقول لا يجب شىء من الأجرة ما لم يستوف جميع المنفعة والعمل لأنه المعقود عليه فلا يتوزع الأجر على الأجزاء كالثمن فى المبيع ثم رجع فقال : إن وقعت الإجارة على المدة كما فى إجارة الدار والأرض أو قطع المسافة كما فى الدابة وجب بحصة ما استوفى لو له أجرة معلومة بلا مشقة ففى الدار لكل يوم وفى المسافة لكل مرحلة . والقياس أن يجب فى كل ساعة بحسابه تحقيقا للمساواة لكن فيه حرج ، وإن وقعت على العمل كالخياطة والقصارة فلا يجب الأجر ما لم يفرغ منه فيستحق الكل لأن العمل فى البعض غير منتفع به ، وكذا إذا عمل فى بيت المستأجر ولم يفرغ لا يستحق شيئا من الأجرة على ما ذكره صاحب الهداية والتجريد :

وذكر فى المبسوط والفوائد الظهيرية والذخيرة ومبسوط شيخ الإسلام وشرح الجامع لفخر الإسلام وقاضيخان والتمرتاشى أنه إذا خاط البعض فى بيت المستأجر يجب الأجر بحسابه ، حتى إذا سرق الثوب بعد ما خاط بعضه استحق ذلك فهذا يدل على أنه يستحق الأجر ببعض العمل فى كل ما مر لكن بشرط التسليم إلى المستأجر ، ففى سكنى الدار وقطع المسافة صار مسلما بمجرد تسليم الدار وقطع المسافة فى الخياطة بالتسليم حقيقة أو حكما كأن خاطه فى منزل المستأجر لأن منزله فى يده زيلعى ملخصا :

وحاصله أنهم اتفقوا على قول أبى حنيفة أنه لا يجب الأجر على البعض بلا تسليم أصلا ، وأما مع التسليم فيجب الأجر على البعض فى سكنى الدار وقطع المسافة :

واختلفوا على قوله فى الاستئجار على العمل كالخياطة فالأكثرون على أنه يجب أيضا بالتسليم ولو حكما ،

وكذا كل من لعمله أثر، ومالا أثر له كجمال له الأجر كما فرغ وإن لم يسلم بحر (وإن) وصلية (عمل في بيت المستأجر نعم لو سرق) بعد ما خاط بعضه أو انهدم ما بناه فله الأجر بحسابه على المذهب بحر وابن كمال (ثوب خاطه الخياط بأجر ففتقه رجل قبل أن يقبضه رب الثوب فلا أجر له) بل له تضمين الفاتق (ولا يجبر على الإعادة، وإن كان الخياط هو الفاتق فعليه الإعادة) كأنه لم يعمل، بخلاف فتق الأجنبي، وهل للخياط أجر التفصيل بلا خياطة؟ الأصح لا أشباه لكن حاشيتها معزيا للمضمرات، المفتى به نعم: وقال المصنف: ينبغي أن يحكم العرف اه:

ثم رأيت في التاترخانية معزيا للكبرى أن الفتوى على الأول فتأمل (و) للخباز طلب الأجر (للخبز في بيت المستأجر بعد إخراجه من التنور) لأن تمامه بذلك وبإخراج بعضه بحسابه جوهرة (فإن احترق بعده) أي بعد

وخالفهم صاحبا الهداية والتجريد فقالا: لا يجب: قال الزيلعي: وهو الأقرب إلى المروى عن أبي حنيفة من الفرق بينهما في القول المرجوع إليه، وعلى ما ذكروه لا فرق بين الكل اه وبه ظهر أن تقييد المصنف بالفراغ والتسليم مبنى على ما في الهداية، والتسليم يشمل الحقيقي والحكمي وهو ما عبر عنه بقوله وإن عمل في بيت المستأجر، فلو قال ولو حكما لكان أخصر وأظهر، ولا معنى لقول من قال لا معنى له فافهم (قوله وكذا كل من لعمله أثر) أي في أنه لو هلك في يده لا أجر له وسيذكر الشارح بعد ورقة المراد بالأثر (قوله نعم لو سرق الخ) هذا مبنى على قول الأكثرين من وجوب الأجر على بعض العمل بالتسليم ولو حكما، وأراد به الاستدراك على المصنف بما ذكره في البحر، حيث قال: وتبعه العلامة الطوري وتلميذه المصنف في شرحه مسألة البناء منصوص عليها في الأصل أنه يجب الأجر بالبعض لكونه مسلما إلى المستأجر، ونقله الكرخي عن أصحابنا، وجزم به في غاية البيان رادا على الهداية فكان هو المذهب، ولذا اختاره المصنف: أي صاحب الكنز في المستصفى وإن كانت عبارته هنا مطلقة اه: فلكلام الشارح وجه وجيه كما علمت وإن كان فيه خفاء فافهم، لكن في كون ما في الهداية خلاف المذهب تأمل يظهر مما مر عن الزيلعي، فلو جعله خلاف الأصح لكان أنسب تأمل (قوله بعد ماخاط بعضه) يعني في بيت المستأجر، فلو في بيت الأجير لا أجر له اتفاقا لعدم التسليم أصلا (قوله أوانهدم ما بناه) أي قبل الفراغ منه (قوله قبل أن يقبضه رب الثوب) قد علمت أن العمل في بيت المستأجر تسليم (قوله فلا أجر له) لأن الخياطة مما له أثر فلا أجر قبل التسليم كما في المبيع (قوله بل له) أي للخياط لأنه بدل ما أتلفه عليه حتى سقطت أجرته بحر (قوله تضمين الفاتق) أي قيمة خياطته لا المسمى، لأنه إنما لزم بالعقد ولا عقد بينه وبين الفاتق رحمتي (قوله ولا يجبر الخ) لأنه التزم العمل ووفى به رحمتي (قوله كأنه لم يعمل) فلم يوف ما التزمه من العمل فيجبر عليه، لأن عقد الإجارة لازم رحمتي (قوله بخلاف فتق الأجنبي) لا حاجة إليه ط (قوله الأصح لا) كذا صححه في الخلاصة والبزازية، وفرضوا المسألة بما إذا دفع إليه الثوب فقطعه ومات من غير خياطة وعللوها بأن الأجر في العادة للخياطة لا للقطع:

قلت: فلو بقي حيا لا تظهر الثمرة لأنه يجبر على الخياطة، لكن لو تفاسخا العقد بعد القطع فالظاهر أن حكمه كالموت تأمل، ويظهر من التعليل أنه لودفعه للتفصيل فقط يلزم أجره وهو ظاهر لأن العقد ورد عليه فقط (قوله لكن في حاشيتها) أي للشيخ شرف الدين الغزي حيث قال. قلت: وفي فتاوى قاضيخان والظهيرية قطع الخياط الثوب ومات قبل الخياطة له أجر القطع هو الصحيح. وفي جامع المضمرات والمشكلات عن الكبرى وعليه الفتوى. وينبغي اعتماده لتأيده بأن الفتوى عليه اه (قوله أن الفتوى على الأول) صوابه على الثاني لما سمعت آنفا من عبارة الكبرى، وهو الذي رأيته في التاترخانية (قوله جوهرة) ومثله في غاية البيان

إخراجه بغير فعله (فله الأجر) لتسليمه بالوضع في بيته (ولا غرم) لعدم التعدى. وقالا يغرم مثل دقيقه ولا أجر وإن شاء ضمن الخبز وأعطاه الأجر (ولو) احترق (قبله لا أجر له ويغرم) اتفاقا لتقصيره درر وبحر (وإن لم يكن الخبز فيه) أى فى بيت المستأجر سواء كان فى بيت الخباز أولا (فاحترق) أو سرق (فلا أجر) له لعدم التسليم حقيقة (ولا ضمان) لو سرق لأنه فى يده أمانة خلافا لهما ، وهى مسألة الأجير المشترك جوهرة (وإن) احترق الخبز أو سقط من يده (قبل الإخراج فعليه الضمان) ثم المالك بالخيار ، فإن ضمنه قيمته مخبوزا فله الأجر (وإن ضمنه قيمته دقيقا فلا أجر) له للهلاك قبل التسليم ولا يضمن الحطب والملح (وللطبخ بعد الغرف) إلا إذا كان لأهل بيته جوهرة ،

معللا بأن العمل فى ذلك القدر صار مسلما إلى صاحب الدقيق اه . وظاهره أنه لا يجرى فيه الخلاف المارّ فى الخياط ولعل العلة وجود الانتفاع هنا تأمل (قوله وقالا يضمن الخ(١)) هكذا ذكر الخلاف فى الهداية ، وعليه فلا فرق بين ما إذا كان فى بيت المستأجر أولا كما سيأتى فيكون أيضا من مسألة الأجير المشترك الآتية فى ضمان الأجير .

وحاصلها أن المتاع فى يده أمانة عند الإمام ومضمون عندهما ، لكن ذكر فى غاية البيان أن ما ذكر من الخلاف إنما ذكره القدورى برواية ابن سماعة عن محمد ، وأنه لم يذكر محمد فى الجامع الصغير ولا شراحه خلافا بل قالوا لا ضمان مطلقا : فعن هذا قالوا ما فى الجامع مجرى على عمومه . أما عند أبى حنيفة فلأنه لم يهلك بصنعه ، وأما عندهما فلأنه هلك بعد التسليم اه . وعلى ما ذكره الإتقانى فى غاية البيان مشى فى البحر والمنح ، ولما اقتصر بعضهم على مراجعتهما قال ما ذكره الشارح سبق قلم مع أن من تبع الهداية لم يضلّ فافهم (قوله لتقصيره) أى بعدم القلع من التنور ، فإن ضمنه قيمته مخبوزا أعطاه الأجر ، وإن دقيقا فلا بحر (قوله لعدم التسليم حقيقة) يعنى أنه حيث لم يكن فى بيت المستأجر لم يوجد التسليم الحكمى فلا بد من التسليم الحقيقى ولم يوجد أيضا فلذا لم يجب الأجر (قوله لو سرق) المناسب زيادة أو احترق ط ، وكأنه تركه لأن المراد بعد الإخراج والحرق بعده نادر ، فمن قال تركه لأنه يضمن فيه اتفاقا فقد وهم (قوله وإن احترق الخبز أو سقط من يده الخ) تقدم أن الحكم كذلك لو كان فى بيت المستأجر ، فلو أن المصنف حذف قوله السابق وقبله لا أجر ويغرم وجعل ما هنا راجعا للمسألتين لكان أولى كما أفاده ط (قوله فله الأجر) لأن المستأجر وصل إليه العمل معنى لوصول قيمته ط (قوله ولا يضمن الحطب والملح) لأنه صار مستهلكا قبل وجوب الضمان عليه ، وحينما وجب عليه الضمان كان رمادا زيلعى (قوله إلا إذا كان لأهل بيته) أفاد أن ما ذكره المصنف فى الولائم وأنواعها أحد عشر نظمها بعضهم فى قوله :

إن الولائم عشرة مع واحد	من عدّها قد عز فى أقرانه
فالخرس عند نفاسها وعقيقة	للطفل والإعذار عند ختانه
ولحفظ قرآن وآداب لقد	قالوا الحذاق لحذقه وبيانه
ثم الملاك لعقده ووليمة	فى عرسه فاحرص على إعلانه
وكذاك مأدبة بلا سبب يرى	ووكيرة لبنائه لمكانه
ونقيعة لقدومه ووضيمة	لمصيبة وتكون من جيرانه
ولأول الشهر الأصم عتيرة	بذبيحة جاءت لرفعة شأنه

---

(١) (قوله وقالا يضمن) كذا بخطه ، والذى فى نسخ الشارح وقالا يغرم ، وهو المناسب لقول المصنف ولا غرم ، وإن كان المآل واحدا اه مصححه .

والأصل فى ذلك العرف (فإن أفسده) أى الطعام (الطباخ أو أحرقه أو لم ينضجه فهو ضامن) للطعام ، ولودخل بنار ليخبز أوليطبخ بها فوقعت منه شرارة فاحترق البيت لم يضمن للإذن ، ولا يضمن صاحب الدار لو احترق شىء من السكان لعدم التعدى جوهرة (و ل) ضرب ا (للبن بعد الإقامة) وقالا بعد تشريجه : أى جعل بعضه على بعض ، وبقولهما يفتى ابن كمال معزيا للعيون ، وهذا إذا ضربه فى بيت المستأجر ، فلو فى غير بيته فلا حتى يعده منصوبا عنده ومشرجا عندهما زيلعى .

[فروع] الملبن على اللبان ، والتراب على المستأجر ، وإدخال الحمل المنزل على الحمال لا صبه فى الجوالق أو صعوده للغرفة إلا بشرط ؛ وإيكاف دابة للحمل على المكارى ، وكذا الحبال والجوالق والحبر على الكاتب واشتراط الورق عليه يفسدها ظهيرية .

(ومن) كان (لعمله أثر فى العين كالصباغ والقصار حبسها لأجل الأجر) وهل المراد بالأثر عين مملوكة للعامل كالنشاء والغراء أم مجرد ما يعاين ويرى ؟ قولان أصحهما الثانى ، فغاسل الثوب وكاسر الفستق والحطب

ط ملخصا (قوله لأهل بيته) أى بيت المستأجر ح (قوله والأصل فى ذلك العرف) فمطلق العقد يتناول المعتاد إذا لم يوجد شرط بخلافه إتقانى (قوله فهو ضامن) ومقتضى ماسبق فى الخبز أنه يخير بين أن يضمنه قبل الطبخ ولا أجر له أو بعده وله الأجر ط (قوله للإذن) لأنه لايصل إلى العمل إلا بذلك وهو مأذون له فيه بحر (قوله ولضرب اللبن) هو بفتح اللام وكسر الباء والكسر مع السكون لغة ، وتفسد بلا تعيين الملبن مالم يغلب واحد عرفا أو لم يكن غيره قهستانى ملخصا (قوله بعد الإقامة) لأنها لتسوية الأطراف فكانت من العمل كشف والإقامة النصب بعد الجفاف ، فلو ضربه فأصابه مطر فأفسده قبل أن يقيم فلا أجر له وإن عمل فى داره قهستانى (قوله وقالا بعد تشريجه) بالشين والجيم المعجمتين ، وقولهما استحسان زيلعى ولعله سبب كونه المفتى به ، لكن ذكر الإتقانى أن دليلهما ضعيف تأمل : قال فى البحر : وفائدة الإختلاف فيما إذا تلف اللبن قبل التشريج ، فعنده تلف من مال المستأجر ، وعندهما من مال الأجير ، أما إذا تلف قبل الإقامة فلا أجر إجماعا (قوله أى جعل بعضه على بعض) أى بعد الجفاف (قوله حتى يعده منصوبا) عبارة المستصفى حتى يسلمه منصوبا عنده ومشرجا عندهما كذا فى الإيضاح والمبسوط اه فلم يشترط العد وهو الأولى لأنه لو سلمه بغير عد كان له الأجر كما لايخفى بحر : وذكر الإتقانى عن شرح الطحاوى مثل مافى المستصفى ، وفسر التسليم بالتخلية بين المستأجر وبين اللبن (قوله واشتراط الورق عليه يفسدها) أما اشتراط الحبر فلا حموى (قوله حبسها) فعل ماض أو مصدر مبتدأ ثان وخبره محذوف : أى له والجملة خبر من .

بقى هنا إشكال ، وهو أنه إنما يستحق المطالبة بعد التسليم كما مر فإذا حبس فلا تسليم فلا مطالبة . ويمكن دفعه بأن قوله فيما مر له الطلب إذا فرغ وسلم مفهومه معطل بالمنطوق هنا سائحانى ، لكن يرد عليه أنه حينئذ لافائدة لذكر التسليم ، وقد قالوا لايجب الأجر إلا بالتسليم ، فلو هلك فى يده قبله سقط لأنه لم يسلم المعقود عليه وهو أثر العمل ، بخلاف مالا أثر له فإن الأجر يجب كما فرغ ، ولا يمكن حمله على الحبس بعدالتسليم بمعنى أن له الاسترداد لقوله الآتى : فإن حبس فضاع فلا أجر مع أن بالتسليم وجب الأجر على أنه بعد التسليم الحكمى كعمله فى بيت المستأجر ليس له الحبس كما سيذكره فكيف بعد الحقيقى ، والظاهر أن فائدته عدم الضمان فقط ، إذ لو لم يكن له الحبس لضمن بالضياع بعده فليتأمل (قوله أصحهما الثانى) وكذا صححه فى غرر الأفكار وغاية البيان تبعا لقاضيخان : قال فى البحر : وصحح النسفى فى مستصفاه معزيا إلى الذخيرة الأول فاختلف التصحيح ، وينبغى

والطحان والخياط والخفاف وحالق رأس العبد لهم حبس العين بالأجر على الأصح مجتبى ، وهذا (إذا كان حالا أما إذا كان) الأجر (مؤجلا فلا) يملك حبسها كعمله فى بيت المستأجر بتسليمه حكما وتضمن بالتعدى ولو فى بيت المستأجر غاية (فإن حبس فضاع فلا أجر ولا ضمان) لعدم التعدى .

(ومن لا أثر لعمله كالحمال على ظهر) أو دابة (والملاح) وغاسل الثوب أى لتطهيره لا لتحسينه مجتبى فليحفظ (لا يحبس) العين للأجر (فإن حبس ضمن ضمان الغصب) وسيجىء فى بابه (وصاحبها بالخيار إن شاء ضمنه قيمتها) أى بدلها شرعا (محمولة وله الأجر ، وإن شاء غير محمولة ولا أجر) جوهرة (وإذا شرط عمله بنفسه) بأن يقول له اعمل بنفسك أو بيدك (لا يستعمل غيره إلا الظئر فلها استعمال غيرها) بشرط وغيره خلاصة (وإن أطلق كان له) أى للأجير أن يستأجر غيره ، أفاد بالاستئجار أنه لو دفع لأجنبى ضمن الأول

ترجيحه ، وقد جزم به فى الهداية بقوله وغسل الثوب نظير الحمل اهـ (قوله والخياط والخفاف) هذا ظاهر على القول بأن الخيط على رب الثوب في عرف صاحب الظهيرية ، وأما على عرف من قبله وهو عرفنا الآن من أنه على الخياط فلا يظهر لأن الخيط كالصبغ سائحانى (قوله بالأجر) الباء للسببية أو للتعليل (قوله لتسليمه حكما) لكون البيت فى يده وهو كالتسليم الحقيقى فلا يملك الحبس بعده (قوله فإن حبس) أى فيما إذا كان الأجر حالا (قوله لعدم التعدى) فبقى أمانة كما كان ، وهذا علة لعدم الضمان ، وعلة عدم الأجر هلاك المعقود عليه قبل التسليم (قوله ومن لا أثر لعمله) إلا راد الآبق ابن كمال (قوله كالحمال) ضبطه بالحاء أولى من الجيم ليشمل الحمل على الظهر كما ذكره الإتقانى وأشار إليه الشارح (قوله والملاح) بالفتح والتشديد صاحب السفينة (قوله لا لتحسينه) وإلا كان ممن لعمله أثر لأن البياض كان مستترا وقد أظهره فكأنه أحدثه فله الحبس على الخلاف السابق (قوله وسيجىء فى بابه) وذلك أنه لو مثليا وجب مثله ، وإن انقطع فقيمته يوم القضاء أو الغصب أو الانقطاع على خلاف يأتى ، ولو قيميا فقيمته يوم غصبه إجماعا (قوله أى بدلها) تعميم ليشمل المثليات ح (قوله بأن يقول له اعمل بنفسك أو بيدك) هذا ظاهر إطلاق المتون وعليه الشروح ، فما فى البحر والمنح عن الخلاصة من زيادة قوله ولا تعمل بيد غيرك فالظاهر أنه لزيادة التأكيد لا قيد احترازى ليكون بدونه من الإطلاق تأمل (قوله لا يستعمل غيره) ولو غلامه أو أجيره قهستانى ، لأن المعقود عليه العمل من محل معين فلا يقوم غيره مقامه كما إذا كان المعقود عليه المنفعة ، بأن استأجر رجلا شهراً للخدمة لا يقوم غيره مقامه لأنه استيفاء للمنفعة بلا عقد زيلعى . قال فى العناية : وفيه تأمل ، لأنه إن خالفه إلى خير بأن استعمل من هو أصنع منه أو سلم دابة أقوى من ذلك ينبغى أن يجوز اهـ . وأجاب السائحانى بأن ما يختلف بالمستعمل فإن التقييد فيه مفيد وما ذكر من هذا القبيل اهـ . وفى الخانية : لو دفع إلى غلامه أو تلميذه لا يجب الأجر اهـ . وظاهر هذا مع التعليل المار أنه ليس المراد بعدم الإستعمال حرمة الدفع مع صحة الإجارة واستحقاق المسمى أو مع فسادها واستحقاق أجر المثل وأنه ليس للثانى على رب المتاع شىء لعدم العقد بينهما أصلا وهل له على الدافع أجر المثل ؟ محل تردد فليراجع (قوله بشرط وغيره) لكن سيذكر الشارح فى الإجارة الفاسدة عن الشرنبلالية أنها لو دفعته إلى خادمتها أو استأجرت من أرضعته لها الأجر إلا إذا شرط إرضاعها على الأصح ، وكأن وجه ما هنا أن الإنسان عرضة للعوارض فربما يتعذر عليها إرضاع الصبى فيتضرر فكان الشرط لغوا تأمل (قوله وإن أطلق) بأن لم يقيده بيده وقال خط هذا الثوب لى أو اصبغه بدرهم مثلا لأنه بالإطلاق رضى بوجود عمل غيره قهستانى ، ومنه ما سيذكره المصنف (قوله أفاد بالإستئجار) أى بقوله يستأجر غيره (قوله لأجنبى) أى غير أجير ح (قوله ضمن الأول) أى إذا سرق بلا خلاف قهستانى

لا الثاني ، وبه صرح في الخلاصة ، وقيد بشرط العمل ، لأنه لو شرطه اليوم أو غدا فلم يفعل وطالبه مرارا ففرط حتى سرق لايضمن: وأجاب شمس الأئمة بالضمان ، كذا في الخلاصة (وقوله على أن تعمل إطلاق) لاتقييد مستصفى ، فله أن يستأجر غيره .

(استأجره ليأتي بعياله فمات بعضهم فجاء بمن بقي فله أجره بحسابه) لأنه أوفى بعض المعقود عليه ، وقيد بقوله (لوكانوا) أي عياله (معلومين) أي للعاقدين ليكون الأجر مقابلا بجملتهم (وإلا) يكونوا معلومين (فكله) أي له كل الأجر . ونقل ابن الكمال : إن كانت المؤنة تقل بنقصان عددهم فبحسابه وإلا فكله .

(قوله لا الثاني) هذا عنده : وعندهما له تضمين أيهما شاء خلاصة (قوله وقيد بشرط العمل) الظاهر أن يقال واقتصر على شرط العمل تأمل (قوله ففرط) أي تماهل ولم يعمل في تلك المدة ولم يقصر في حفظه (قوله لايضمن) كأنه لأن اليوم مثلا يذكر للاستعجال ط (قوله وأجاب شمس الأئمة) ظاهر هذا الصنيع أن المعتمد الأول لانفراد شمس الأئمة بهذا الجواب ط .

قلت : في جامع الفصولين : واستفتيت أئمة بخاري عن قصار شرط عليه أن يفرغ اليوم من العمل فلم يفرغ وتلف في الغد . أجابوا يضمن ، ونقل مثله عن الذخيرة . ثم نقل عن فتاوى الديناري : ولو اختلفا ينبغي أن يصدق القصار لأنه ينكر الشرط والضمان والآخر يدعيه ، ثم لو شرط وقصره بعد أيام ينبغي أن لايجب الأجر إذ لم يبق عقد الإجارة بدليل وجوب ضمانه لو هلك وصار كما لو جحد الثوب ثم جاء به مقصورا بعد جحوده اه (قوله إطلاق) أي حكمه حكم الإطلاق ح (قوله فمات بعضهم الخ) فلو ماتوا جميعا لا أجر أصلا لأن المعقود عليه المجيء بهم ولم يوجد رملي (قوله فله أجره بحسابه) أي أجر المجيء ، وأما أجر الذهاب فبكماله مقدسي عن الكفاية سائحاني .

قلت : وقال في المعراج بعد نقله عبارة الهداية : وهي استأجره ليذهب إلى البصرة فيأتي بعياله الخ هذا اختيار الهندواني . وعن الفضلي : استؤجر في المصر ليحمل الحنطة من القرية فذهب فلم يجد الحنطة فعاد ، إن كان قال استأجرتك حتى تحمل من القرية لايجب شيء لأن في الأول العقد على شيئين : الذهاب إلى القرية ، والحمل منها : وفي الثاني شرط الحمل ولم يوجد فلا يجب شيء ، كذا في الذخيرة وجامع التمرتاشي اه . ومثله في التبيين عن النهاية ، وظاهر المتون اختيار قول الهندواني ، ولينظر ماالفرق بين القولين على عبارة الهداية ، فإن فيها الإستئجار على شيئين ، نعم هو على عبارة المصنف كالكنز ظاهر ؛ ولعل التصريح بالذهاب غير قيد فيظهر الفرق ، ويؤيده مافي التتارخانية : استأجره ليحمل له كذا من المطمورة فذهب فلم يجد المطمورة استحق نصف الأجر اه : وعليه فلو مات كل العيال وجب أجر الذهاب وهو مخالف(١) لما قدمناه عن الرملي فتأمل (قوله أي للعاقدين) أو ذكر عددهم للأجير شرنبلالية (قوله أي له كل الأجر) في القهستاني : فإن جهلوا فسدت ولزم أجر المثل اه . وإن حمل الكل هنا على كل أجر المثل زال التنافي ط (قوله إن كانت المؤنة تقل الخ) تقييد لقول المصنف : فله أجره بحسابه ، وهو منقول عن الإمام الهندواني (قوله وإلا فكله) كما لو كان الفائت صغيرا أو كان ذلك في استئجار السفينة لأنه لايظهر التفاوت فيها بنقصان عدد ولو من الكبار ، وهذا إذا كان الاستئجار على أن يحملهم ، فلو على مصاحبتهم والحمل على المرسل أو كان المحل قريبا وهم مشاة أو بعيدا ولهم قدرة على المشي يلزمه الكل ، لأن مصاحبة جماعة لاتنقص بنقص فرد أو فردين إلا أن يكونوا أرقاء فحفظ البعض

---

(١) (قوله وهو مخالف الخ) يمكن دفع هذه المخالفة بحمل المنفي في عبارة الرملي على ماعدا أجر الذهاب اه .

(استأجر رجلا لإيصال قط) أى كتاب (أو زاد إلى زيد ، إن رده) أى المكتوب أو الزاد (لموته) أى زيد (أو غيبته لا شىء له) لأنه لقضه بعوده كالخياط إذا خاط ثم فتق . وفى الخانية : استأجره ليذهب لموضع كذا ويدعو فلانا بأجر مسمى فذهب للموضع فلم يجد فلانا وجب الأجر (فإذا دفع القط إلى ورثته) فى صورة الموت (أو من يسلم إليه إذا حضر) فى صورة غيبته (وجب الأجر بالذهاب) وهو نصف الأجر المسمى كذا فى الدرر والغرر ، وتبعه المصنف ، ولكن تعقبه المحشون وعولوا على لزوم كل الأجر ، لكن فى القهستانى عن النهاية أنه إن شرط المجىء بالجواب فنصفه وإلا فكله فليكن التوفيق (وإن وجده ولم يوصله إليه لم يجب له شىء) لانتفاء المعقود عليه وهو الإيصال واختلف فيما لو مزقه .

(متولى أرض الوقف آجرها

منهم أخف من حفظ الكل حموى بحثا ط (قوله لإيصال قط) بالكسر والتشديد، والمراد لإيصال شىء مما ليس له مؤنة ، وقوله أو زاد أى مماله مؤنة (قوله لاشىء له) أى من أجرة الذهاب والمجىء للزاد بلا خلاف وللكتاب عندهما ، وأما عند محمد فأجرة الذهاب واجبة سواء شرط المجىء بالجواب أم لا كما فى النهاية وغيرها ، فمن الظن أنه لابد من التقييد بالمجىء بالجواب حتى يتأتى خلاف محمد (١) وإن لم يقيد به ينبغى أن يكون له تمام الأجرة عند محمد قهستانى .

أقول : نعم ، ولكن التقييد به كما وقع فى الجامع الصغير والهداية والكنز لازم بالنظر للمسألة الآتية عن الدرر كما سيظهر ، ومبنى الخلاف بين محمد وشيخيه أن الأجر مقابل عنده بقطع المسافة لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب ، بخلاف حمل الطعام فإنه مقابل فيه بالحمل لما فيه من المؤنة دون قطع المسافة ، وعندهما مقابل بالنقل فيهما لأنه وسيلة إلى المقصود وهو وضع الطعام هناك وعلم ما فى الكتاب ، فإذا رده فقد نقض المعقود عليه (قوله ويدعو فلانا) صوّرها قاضى خان فى تبليغ الرسالة وفرق بينها وبين مسألة إيصال الكتاب بأن الرسالة قد تكون سرا لا يرضى المرسل بأن يطلع عليها غيره ؛ أما الكتاب فمختوم ، فلو تركه مختوما لا يطلع عليه غيره اهـ . وجزم الحلوانى بأن الكتاب والرسالة سواء فى الحكم وجعل الشارح دعاءه كالرسالة ط .

قلت : أى لأنه من أفرادها تأمل . وقد ذكر الشراح أنه لو وجده ولم يبلغه الرسالة ورجع له الأجر بالإجماع أيضا . ووجهه كما فى الزيلعى عن المحيط أن الأجر بقطع المسافة لأنه فى وسعه وأما الإسماع فليس فى وسعه فلا يقابله الأجر فليتأمل (قوله وجب الأجر بالذهاب) أى إجماعا كما ذكره الإتقانى وغيره (قوله وهو نصف الأجر المسمى) اعترضه فى العزمية بأنه غلط فاحش ، فإن كون أجر الذهاب وأجر الإتيان سواء على سبيل المناصفة مما لا يكاد يتفق ، ولم نجد هذه العبارة فى كلام غيره (قوله ولكن تعقبه المحشون الخ) كالوانى والشرنبلالى . قال فى الشرنبلالية : فيه نظر ، بل له الأجر كاملا ، إذ المعقود عليه الإيصال لا غير وقد وجد ، فما وجه التنصيف ؟ على أن المتن صادق بوجوب تمام الأجر ، والمسألة فرضها صاحب المواهب فى الاستئجار للإيصال ورد الجواب معا اهـ (قوله عن النهاية) وصرح به فى غيرها (قوله فليكن التوفيق) لكن هذا لا يدفع الاعتراض على صاحب الدرر حيث لم يقيد برد الجواب أولا وقيد بنصف الأجر ثانيا (قوله واختلف فيما لو مزقه) قال فى الخانية : له الأجر فى قولهم إذ لم ينقض عمله . وقيل إذا مزقه ينبغى أن لا يجب الأجر ، لأنه إذا تركه ثمة ينتفع

---

(١) (قوله حتى يتأتى خلاف محمد) أى الخلاف على هذا الوجه فلا ينافى وجود الخلاف أيضا إذا قيد أو أطلق إلا أنه لا على هذا الوجه اهـ .

بغير أجر المثل يلزم مستأجرها) أى مستأجر أرض الوقف لا المتولى كما غلط فيه بعضهم (تمام أجر المثل) على المفتى به كما فى البحر عن التلخيص وغيره ، وكذا حكم وصى وأب كما فى مجمع الفتاوى (يفتى بالضمان فى غصب عقار الوقف وغصب منافعه ، وكذا يفتى بكل ما هو أنفع للوقف) فيما اختلف فيه العلماء حتى نقضوا الإجارة عند الزيادة الفاحشة نظرا للوقف وصيانة لحق الله تعالى حاوى القدسى :

(مات الآجر وعليه ديون) حتى فسخ العقد بعد تعجيل البدل (فالمستأجر) لو العين فى يده ولو بعقد فاسد أشباه (أحق بالمستأجر من غرمائه) حتى يستوفى الأجرة المعجلة (إلا أنه لايسقط الدين بهلاكه) أى بهلاك هذا المستأجر لأنه ليس برهن من كل وجه (بخلاف الرهن) فإنه مضمون بأقل من قيمته ومن الدين كما سيجىء فى بابه مجمع الفتاوى :

[فروع] الزيادة فى الأجرة من المستأجر تصح فى المدة

به وارث المكتوب إليه فيحصل الغرض بخلاف التمزيق اه ومقتضى النظر أنه إن مزقه بعد إيصاله فله أجر الذهاب وإن كان قبله فلا أجر له فيحرر ط :

قلت : وقول الخانية له الأجر أى أجر الذهاب كما تفيده عبارة القهستانى وهو ظاهر ، وهذا إن شرط المجىء بالجواب ، ولينظر فيما لو مزقه المكتوب إليه أو لم يدفع له الجواب وكان شرط المجىء بالجواب هل له نصف الأجر أم كله ؟ لأن إخباره بما صنع جواب معنى فليحرر (قوله بغير أجر المثل) الأولى بدون أجر المثل لأن الغير صادق بالأكثر وإن كان المقام يعين المراد ط (قوله كما غلط فيه بعضهم) قال فى البحر : وقد وقعت عبارة فى الخلاصة أوهمت أن الناظر يضمن تمام أجر المثل فقال متولى الوقف آجر بدون أجر المثل يلزمه تمام أجر المثل اه وقد رده الشيخ قاسم فى فتاواه بأن الضمير يرجع إلى المستأجر ، يدل عليه ماذكره فى تلخيص الفتاوى الكبرى : يلزم مستأجرها إتمام أجر المثل عند بعض علمائنا ، وعليه الفتوى اه . وفى الذخيرة : لو يسلمها المستأجر كان عليه أجر المثل بالغا مابلغ على ما اختاره المتأخرون من المشايخ اه ملخصا (قوله وكذا حكم وصى وأب) أى إذا آجرا عقار الصغير بدون أجر المثل وتسلمه المستأجر فإنه يلزمه تمام الأجر ط (قوله فى غصب عقار الوقف) قال فى الولوالجية : الفتوى فى غصب العقار والموقوف بالضمان نظرا للوقف ، متى قضى عليه بالقيمة تؤخذ منه فيشترى بها ضيعة أخرى تكون على سبيل الوقف الأول ، ذكره فى شرح تنوير الأذهان ط (قوله وغصب منافعه) قال فى جامع الفصولين : شرى داراً ثم ظهر أنها وقف أو للصغير فعليه أجر المثل صيانة لمالهما اه : ومقابل المفتى به ماصححه فى العمدة أنه لاتضمن منافعه وتبعه فى القنية ط ملخصا (قوله عند الزيادة الفاحشة) أى زيادة أجر المثل من غير تعنت كما يأتى قريبا ط (قوله وصيانة لحق الله تعالى) لأن الوقف حبس العين والتصدق بمنفعته لوجهه تعالى (قوله حتى فسخ العقد) أى بسبب الموت . وفى بعض النسخ متى بدل حتى ، ولو قال فانفسخ لكان أولى (قوله لو العين فى يده) أى لو العين المؤجرة مقبوضة فى يد المستأجر : قال فى جامع الفصولين : استأجر بيتا إجارة فاسدة وعجل الأجرة ولم يقبض البيت حتى مات المؤجر أو انقضت المدة فأراد حبس البيت لأجر عجله ليس له ذلك فى الجائزة ففى الفاسدة أولى ، ولو مقبوضا صحيحا أو فاسدا فله الحبس بأجر عجله ، وهو أحق بثمنه لو مات المؤجر اه : يعنى إذا مات المؤجر وعليه ديون لغير المستأجر فبيعت الدار فالمستأجر أحق بالثمن من سائر الغرماء إن كان الثمن قدر الأجرة المعجلة ، وإن زاد فالزائد للغرماء أبو السعود على الأشباه (قوله بأقل من قيمته ومن الدين) تركيب فاسد ، وصوابه بالأقل من قيمته ومن الدين فتكون من بيانية لاتفضيلية ح أى لاقتضائه أن المضمون شىء هو أقل منهما وهو غيرهما مع أنه واحد منهما وهو الأقل تأمل (قوله تصح) أى

وبعدها : وأما الزيادة على المستأجر ، فإن فى الملك ولو ليتيم لم تقبل كما لو رخصت ، وإن فى الوقف فإن الإجارة فاسدة آجرها الناظر بلا عرض على الأول لكن الأصل صحتها بأجر المثل ، ولو ادعى رجل أنها بغبن فاحش ، فإن أخبر القاضى ذوخبرة أنها كذلك فسخها وتقبل الزيادة وإن شهدوا وقت العقد أنها بأجر المثل ، وإلا فإن

إن كانت من خلاف جنس ما استأجره(١) فلو من جنسه فلا بخلاف الزيادة من جانب المؤجر فتجوز مطلقا ط عن الهندية ملخصا (قوله وبعدها) صوابه لابعدها كما هو فى الأشباه والمنح ،لأن محل العقد قد فات والمراد بعد مضى كلها . أما إذا مضى بعضها، فقال فى خزانة الأكمل : لو استأجر داراً شهرين أو دابة ليركبها فرسخين فلما سكن فيها شهرا أوسافر فرسخا زاد فى الأجرة فالقياس أن تعتبر الزيادة لما بقى . ومحمد استحسن وجعلها موزعة لما مضى ولما بقى أبو السعود عن البيرى (قوله ولو ليتيم) عبارة الأشباه : وهو شامل لمال اليتيم بعمومه . قال الحموى : سوّى فى الإسعاف بين الوقف وأرض اليتيم حيث قال : ولو أجر مشرف حر الوقف أو وصى اليتيم منزلا بدون أجر المثل ، قال ابن الفضل ينبغى أن يكون المستأجر غاصبا . وذكر الخصاف : لا يكون غاصبا ويلزمه أجر المثل ، وصرح فى الجوهرة بأن أرض اليتيم كالوقف اه .

أقول : وكذا ذكره الشارح قبل أسطر لكنه غير ما نحن فيه كما لا يخفى على النبيه فافهم ، فإن ما استشهد به فيما لوآجر بدون أجر المثل وكلامنا فى الزيادة عليه بعد العقد ، والفرق مثل الصبح (قوله لم تقبل) قال فى الأشباه مطلقا اه أى قبل المدة وبعدها (قوله كما لو رخصت) أى الأجرة بعد العقد فلا يفسخ لأن المستأجر رضى بذلك (قوله فإن الإجارة فاسدة الخ) سيأتى آخر السوادة ، لو آجرها بما لا يتغابن الناس فيه تكون فاسدة فيؤجرها صحيحة من الأول أو من غيره بأجر المثل الخ ، وهو صريح فى أنه لوكان الفساد بسبب الغبن الفاحش لا يلزم عرضها على الأول ، وفى العمادية خلافه ، لكن ذكر فى حاشية الأشباه أن الذى فى عامة الكتب هو الأول (قوله لكن الأصل صحتها بأجر المثل) كذا فى الأشباه . وفى بعض النسخ لكن الأصح الخ ، ومعنى الاستدراك أن الكلام فى الزيادة على المستأجر فى الوقف ،وأن قوله فإن الإجارة فاسدة الخ كلام مجمل لاحتمال أن المراد فسادها بسبب كون الأجرة عند العقد بدون أجر المثل ، فإذا ادعى فسادها بذلك آجرها الناظر بلا عرض على الأول لأنه لاحق له ، فاستدرك عليه بأن المقام محتاج إلى التفصيل ، وهو أن الأصل صحتها بأجر المثل فمجرد دعوى الزيادة لا يقبل ، بل إن أخبر القاضى واحد بذلك يقبل إلى آخر ما قرره الشارح : وقد اضطربت آراء محشى الأشباه وغيرهم فى تقرير هذه العبارة ، وهذا ما ظهر لى فليتأمل . ثم رأيت فى أنفع الوسائل: قرر كلامه كذلك ، وعليه فكان المناسب أن يأتى بالفاء التفريعية بدل الواو فى قوله ولو ادعى (قوله بغبن فاحش) هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين فى التفسير المختار ، وتمامه فى رسالة العلامة قنلى زاده (قوله فإن أخبر الخ) يعنى أن القاضى لايقبل قول ذلك المدعى لأنه متهم بإرادة استئجارها لو أجنبيا أو باستخلاصها وإيجارها لغير الأول لو هو العاقد ، ومع أن الأصل فى العقود الصحة (قوله ذو خبرة) أفاد أن الواحد يكفى، وهذا عندهما خلافا لمحمد أشباه (قوله وإن شهدوا الخ) وصل بما قبله وسيأتى عن الحانوتى آخر السوادة ما يخالفه ، إلا أن يراد الشهادة بدون اتصال القضاء ممن يرى ذلك ويأتى تمام بيانه هناك (قوله وإلا) أى وإن لم يخبر ذو خبرة أنها وقعت بغبن فاحش ففيه تفصيل ، وهذا فى المعنى مقابل لقوله فإن الإجارة فاسدة لأنها حينئذ صحيحة ، فقد استوفى الكلام على القسمين

---

(١) (قوله من خلاف جنس ما استأجره) أى كما لو زاده منفعة عبد وقد استأجر دارا ، أما لو زاده منفعة دار والمسألة بحالها لايصح لأنه يكون إجارة السكنى بالسكنى اه .

كانت إضرارا وتعنتا لم تقبل ، وإن كانت الزيادة أجر المثل فالمختار قبولها فيفسخها المتولى ، فإن امتنع فالقاضى

(قوله إضرارا وتعنتا) فسر ذلك ابن نجيم فى فتاواه بالزيادة التى لايقبلها إلا واحد أو اثنان اه . وفى الينابيع : زاد بعض الناس فى أجرتها لم يلتفت إليه لعله متعنت اه ط (قوله وإن كانت الزيادة أجر المثل) عبارة الأشباه لزيادة باللام وهى كذلك فى بعض النسخ ، والمراد أن تزيد الأجرة فى نفسها لغلوّ سعرها عند الكل . أما إذا زادت أجرة المثل لكثرة رغبة الناس فى استئجاره فلا كما فى شرح المجمع للعينى حموى ، ومثله فى شرح ابن ملك .

أقول : وهو غير معقول ، إذ لو كانت الأجرة حنطة مثلا وزادت قيمتها أثناء المدة كما مثل به ابن ملك فما وجه نقض الإجارة بل المراد أن تزيد أجرة المثل بزيادة الرغبات كما وقع فى عبارات مشايخ المذهب . وفى حاشية الأشباه لأبى السعود عن العلامة البيرى ماحاصله أنه لا تعتبر زيادة السعر فى نفس الأجرة فإنه لافائدة ولا مصلحة فى النقض للوقف ولا للمستحقين كما أفاده العلامة الطرابلسى فى فتاواه وردّ به ما فى شرح المجمع ، وجعله من المواضع المنتقدة عليه اه .

مطلب فى بيان المراد بالزيادة على أجر المثل

بقى شىء يجب التنبيه عليه ، وهو ما المراد بزيادة أجر المثل فنقول : وقعت الزيادة فى أغلب كلامهم مطلقة فقالوا إذا زادت بزيادة الرغبات . ووقع فى عبارة الحاوى القدسى أنها تنقض عند الزيادة الفاحشة . قال فى وقف البحر : وتقييده بالفاحشة يدل على عدم نقضها باليسير ، ولعل المراد بالفاحشة ما لايتغابن الناس فيها كما فى طرف النقصان فإنه جائز عن أجر المثل إن كان يسيرا والواحد فى العشرة يتغابن الناس فيه كما ذكروه فى كتاب الوكالة ، وهذا قيد حسن يجب حفظه ، فإذا كانت أجرة دار عشرة مثلا وزاد أجر مثلها واحدا فإنها لاتنقض كما لو آجرها المتولى بتسعة فلأنها لا تنقض بخلاف الدرهمين فى الطرفين اه .

أقول : لكن صرح فى الحاوى الحصيرى كما نقله عنه البيرى وغيره أن الزيادة الفاحشة مقدارها نصف الذى أجر به أولا اه ونقله العلامة قنلى زاده . ثم قال : ولم نره لغيره .

والحق أن ما لا يتغابن فيه فهو زيادة فاحشة نصفا كانت أو ربعا . وقال فى موضع آخر : وهل هما روايتان أو مراد العامة أيضا ما ذكره الحصيرى ؟ لم يحرره أحد قبلنا .

أقول : وكلامه الثانى أقبل ، فإن الحكم عليه بالبطلان لا بد له من برهان على أن الأصل عدم تعدد الرواية فيحمل كلام العامة عليه(١) ما لم يوجد نقل بخلافه صريحا فيضطر إلى جعلهما روايتين ، وقد أقرّ العلامة البيرى وغيره ما ذكره الإمام الحصيرى وتبعه فى الحامدية فاحفظ هذه الفائدة السنية (قوله فيفسخها المتولى الخ) قال العلامة قنلى زاده : وهل المراد أنه يفسخها القاضى أو المتولى ويحكم به القاضى ، لم يحرره المتقدمون وإنما تعرض له صاحب أنفع الوسائل وجزم بالثانى ، وإنما يفسخ القاضى إذا امتنع الناظر عنه اه .

أقول : والقول بالفسخ هو إحدى الروايتين ، وسيأتى أنه المفتى به . ثم اعلم أن الشارح قد أطلق الفسخ هنا مع أنه قد فصل بعده .

---

(١) (قوله فيحمل كلام العامة عليه) لاخفاء فى بعد هذا الحمل ، فالصواب إثبات الخلاف ، ومقتضى قولهم يفتى بما هو الأنفع للوقف أن لايعمل بقول الحصيرى فيه تأمل .

ثم يؤجرها ممن زاد ، فإن كانت دارا أو حانوتا أو أرضا فارغة عرضها على المستأجر ، فإن قبلها فهو أحق ولزمه الزيادة من وقت قبولها فقط ، وإن أنكر زيادة أجر المثل وادعى أنها إضرار فلا بد من البرهان عليه ، وإن لم يقبلها آجرها المتولى ، وإن كانت مزروعة لم تصح إجارتها لغير صاحب الزرع لكن تضم عليه الزيادة من وقتها ، وإن كان بنى أو غرس ، فإن كان استأجرها مشاهرة فإنها تؤجر لغيره إذا فرغ الشهر إن لم يقبلها لانعقادها عند رأس كل شهر ، والبناء يتملكه الناظر بقيمته مستحق القلع للوقف أو يصبر حتى يتخلص بناؤه وإن كانت المدة باقية لم تؤجر لغيره وإنما تضم عليه الزيادة

وحاصل التفصيل أن ما وقعت عليه الإجارة لايخلو ، إما أن يكون أرضا فارغة وقت الزيادة عن ملك المستأجر كالدار والحانوت والأرض السليخة ، أو مشغولة به كما لو زرعها أو بنى فيها أو غرس: ففى الوجه الأول يفسخها المتولى ويؤجرها لغيره إن لم يقبل الزيادة العارضة بعد ثبوتها : وفى الثانى إن كان زرعها فى المدة لا تؤجر لغيره وإن فرغت المدة ما لم يستحصد الزرع بل تضم عليه الزيادة من وقتها إلى أن يستحصد لأن شغلها بملكه مانع من صحة إيجارها لغيره كما يأتى ، وإن كان بنى فيها أوغرس ، فإن فرغت المدة كما لو استأجرها مشاهرة وفرغ الشهر فسخها وآجرها لغيره إن لم يقبل الزيادة ، وإن كانت المدة باقية لم تؤجر لغيره ما قلنا من أن شغلها بملكه مانع بل تضم عليه الزيادة كما مر فى المزروعة ، لكن هنا تبقى إلى انتهاء العقد فقط إذ لانهاية معلومة للبناء والغرس بخلاف الزرع هذا خلاصة ما ذكره الشارح تبعا للأشباه ، وهو مأخوذ من أنفع الوسائل عن البدائع وغيرها صريحا ودلالة . ثم لا يخفى أن ضم الزيادة عليه إنما هو حيث رضى به وإلا يؤمر بالقلع إن لم يضر بالوقف وتؤجر لغيره صيانة للوقف ، وهذا كله إذا زادت أجرة الأرض فى نفسها لا بسبب بنائه مثلا وإلا فلا تضم عليه الزيادة أصلا لأن الزيادة حصلت من ملكه كما هو ظاهر (قوله ثم يؤجرها ممن زاد) الأولى حذفه ليتأتى التفصيل المذكور بعده كما فعل صاحب البحر فى الوقف وإن عبر فى الأشباه كما هنا (قوله عرضها على المستأجر) ولا يعرض فى الفاسدة ، وقيل يعرض فيها أيضا ط (قوله فقط) أى لامن أول المدة أشباه ، بل الواجب من أولها إلى وقت الفسخ الأجر المسمى (قوله عليه) أى على المنكر لتثبت الزيادة ، لأن القول قوله والبينة على المدعى ، والأصل بقاء ما كان على ما كان حموى : والظاهر أن هذا على قول محمد ، لما مر أن الواحد يكفى عندهما تأمل (قوله لم تصح إجارتها لغير صاحب الزرع) أى إن كان مزروعا بحق ، فلو لم يكن بحق كالغاصب والمستأجر إجارة فاسدة لايمنع صحة الإجارة كما فى الظهيرية والسراجية لكونه لايمنع التسليم بحر ، وسيذكره الشارح ويأتى متنا بعد ورقة (قوله من وقتها) أى وقت الزيادة ، ووجب لما مضى قبلها من المسمى بحسابه كما فى البحر (قوله فإن كان استأجرها مشاهرة) فى هذا التعبير مسامحة لأن هذا مقابل قوله الآتى وإن كانت المدة باقية الخ ، فكان المناسب أن يقول : فإن كانت المدة قد فرغت فإنها تؤجر لغيره إن لم يقبلها : أى الزيادة ، لكن لما كان الشهر مدة قليلة صار كأن المدة قد فرغت ، فإنه إذا استأجرها مشاهرة كل شهر بكذا صح فى واحد وفسد فى الباقى على ما يأتى بيانه فى الباب الآتى (قوله والبناء يتملكه الناظر بقيمته) أى جبرا على المستأجر إن ضر قلعه بالأرض كما يأتى بيانه قريبا (قوله مستحق القلع) سيأتى بيانه فى الباب الآتى (قوله للوقف) متعلق بقوله يتملكه (قوله أو يصبر الخ) يعنى إذا رضى الناظر بذلك إن كان القلع يضر ، لأن الخيار للناظر حينئذ بين تملكه جبرا على المستأجر وبين أن يتركه إلى أن يتخلص بناء المستأجر من الأرض ، كلما سقط شىء دفعه إليه بناء على ما يأتى عن الشروح ،

كالزيادة وبها زرع : وأما إذا زاد أجر المثل فى نفسه من غير أن يزيد أحد فللمتولى فسخها وعليه الفتوى ، ومالم تفسخ كان على المستأجر المسمى أشباه معزيا للصغرى :

قلت : وظاهر قوله البناء يتملكه الناظر الخ أنه يتملكه لجهة الوقف قهرا على صاحبه ، وهذا لو الأرض تنقص بالقلع وإلا شرط رضاه كما فى عامة الشروح منها البحر والمنح ، وإن صح فيعول عليها لأنها الموضوعة لنقل المذهب بخلاف نقول الفتاوى :

نعم لو لم يضر فالخيار للمستأجر كما يأتى بيانه (قوله وأما إذا زاد الخ) يغنى عنه قوله سابقا وإن كانت الزيادة أجر المثل الخ ط ، وقد صحح هذا القول بلفظ الفتوى ولفظ المختار كما هنا ولفظ الأصح كما فى كتاب الوقف ، فكان المعتمد وإن مشى على خلافه فى الإسعاف والتتارخانية والخانية قائلين إن أجر المثل يعتبر وقت العقد فلا تعتبر الزيادة بعده ، ولكن قد علمت مما قدمناه عن الحصيرى ما المراد بالزيادة (قوله قلت الخ) أصل البحث للمصنف فى المنح ذكره أول الباب تحت قوله فلو آجرها المتولى أكثر لم تصح (قوله أنه يتملكه) أى إن أراد الناظر وإلا فيترك إلى أن يتخلص فيأخذه مالكه (قوله كما فى عامة الشروح) أى شروح الهداية والكنز وغيرهما ذكروا ذلك فى الباب الآتى عند قوله إلا أن يغرم له المؤجر قيمته مقلوعا وهو مفهوم عبارات المتون أيضا ، ويتناول بإطلاقه الملك والوقف كما نبه عليه المصنف (قوله بخلاف نقول الفتاوى) منها المحيط والتجنيس والخانية والعمادية ، فإنهم قالوا إن كان يضر لا يرفعه المستأجر بل إما أن يرضى بأن يتملكه الناظر للوقف وإلا يصبر إلى أن يتخلص ملكه لأن تملكه بغير رضاه لا يجوز ، ومنها ما ذكره الشارح عن فتاوى مؤيد زاده :

وحاصله أنهم جعلوا الخيار للمستأجر ولو كان القلع يضر ، وأصحاب الشروح جعلوا الخيار للناظر إن ضر وإلا فللمستأجر ، ثم هذا إذا كان البناء بغير إذن المتولى ، فلو بإذنه فهو للوقف ويرجع البانى على المتولى بما أنفق كما فى فتاوى أبى الليث . والظاهر أنه أراد إذنه بالبناء لأجل الوقف ، فلو لنفسه وأشهد عليه فلا يكون للوقف كما أفاده العلامة قنلى زاده .

أقول : وسيأتى فى الباب الآتى أن للمستأجر استبقاء البناء والغرس بعد مضى المدة بأجر المثل جبرا إن لم يضر بالوقف ، وهذا مخالف لما تقدم عن الشروح ، ولما تقدم عن الفتاوى أيضا ، ولما يأتى عن المتون كما سننبه عليه إن شاء الله تعالى :

[تنبيه مهم] إذا أذن القاضى أو الناظر عند من لا يرى الاحتياج إلى إذن القاضى للمستأجر بالبناء ليكون دينا على الوقف حيث لا فاضل من ريعه وهو ما يسمونه فى ديارنا بالمرصد فالبناء يكون للوقف فإذا أراد الناظر إخراجه يدفع له ما صرفه فى البناء ، ثم لا يخفى أنه يزيد أجر المثل بسبب البناء ، فالظاهر أنه يلزمه إتمام أجر المثل . والفرق بين هذا وما تقدم عن الأشباه أن البناء هنا للوقف فلم يزد بسبب ملكه . ثم رأيت فى الفتاوى الخيرية التصريح فى ضمن سؤال طويل بلزوم أجر المثل بالغا مابلغ قبل العمارة وبعدها والرجوع بما صرفه فراجعه : والواقع فى زماننا أنه يستأجر بدون أجر المثل بكثير ويدفع بعض الأجرة ويقتطع بعضها من العمارة :

وقد يقال : لجوازه وجه ، وذلك أنه لو أراد آخر أن يستأجره ويدفع للأول ماصرفه على العمارة لا يستأجره إلا بتلك الأجرة القليلة ، نعم لو استغنى الوقف ودفع الناظر ماللأول فإن كل أحد يستأجره بأجر مثله الآن ، فما لم يدفع الناظر ذلك تبقى أجرة المثل تلك الأجرة القليلة فلا فرق حينئذ بين العمارة المملوكة للمستأجر وبين هذه :

وفى فتاوى مؤيد زاده معزيا للفصولين : حانوت وقف بنى فيه ساكنه بلا إذن موليه ، إن لم يضر رفعه رفعه وإن ضر فهو المضيع ماله فليتربص إلى أن يتخلص ماله من تحت البناء ثم يأخذه ، ولا يكون بناؤه مانعا من صحة الإجارة لغيره إذ لابد له على ذلك البناء حيث لايملك رفعه ولو اصطلحوا أن يجعلوا ذلك للوقف بثمن لا يجاوز أقل القيمتين منزوعا ومبنيا(١) فيه صح ، ولو لحق الآجر دين رفع الأمر إلى القاضى ليفسخ العقد ، وليس للآجر

مطلب فى المرصد والقيمة ومشد المسكة

ورأيت فى وقف الحامدية عن فتاوى الحانوتى : شرط جواز إجارة الوقف بدون أجر المثل إذا نابه نائبة أوكان دين الخ فهذا مؤيد لما قلنا ، إذ لا شك أن المرصد دين على الوقف تقل أجرته بسببه فتأمل : وفى شرح الملتقى عن الأشباه : ولا يؤجر الوقف إلا بأجر المثل إلا بنقصان يسير أو إذا لم يرغب فيه إلا بالأقل اه تأمل ، ومثل هذا يقال فى الكدك ، وهو ما يبنيه المستأجر فى حانوت الوقف ولا يحسبه على الوقف فيقوم المستأجر بجميع لوازمه من عمارة وترميم وإغلاق ونحو ذلك ويبيعونه بثمن كثير ، فباعتبار ما يدفعه المستأجر من هذا الثمن الكثير وما يصرفه فى المستقبل على أرض الوقف تكون أجرة المثل تلك الأجرة القليلة التى يدفعونها وقد تكون أصل عمارة الوقف من صاحب الكدك يأخذها منه الواقف ويعمر بها ويجعلها للمستأجر ويؤجره بأجرة قليلة وهو المسمى بالخلو ، ومثله يقال فى القيمة ومشد المسكة فى البساتين ونحوها ، وهى عبارة عن القمامة والكراب ومايزرعه مما تبقى أصوله ونحو ذلك وحق الغرس والزرع فإنها تباع بثمن كثير فبسببها تزيد أجرة الأرض زيادة كثيرة ، وهذه أمور حادثة تعارفوا عليها :

وفى فتاوى العلامة المحقق عبد الرحمن أفندى العمادى مفتى دمشق جوابا لسؤال عن الخلو المتعارف بماحاصله أن الحكم العام قد يثبت بالعرف الخاص عند بعض العلماء كالنسفى وغيره ، ومنه الأحكار التى جرت بها العادة فى هذه الديار ، وذلك بأن تمسح الأرض وتعرف بكسرها ويفرض على قدر من الأذرع مبلغ معين من الدراهم ويبقى الذى يبنى فيها يؤدى ذلك القدر كل سنة من غير إجارة كما ذكره فى أنفع الوسائل ، فإذا كان بحيث لو رفعت عمارته لا تستأجر بأكثر تترك فى يده بأجر المثل ، ولكن لا ينبغى أن يفتى باعتبار العرف مطلقا خوفا من أن ينفتح باب القياس عليه فى كثير من المنكرات والبدع ، نعم يفتى به فيما دعت إليه الحاجة وجرت به فى المدة المديدة العادة وتعارفه الأعيان بلا نكير كالخلو المتعارف فى الحوانيت ، وهو أن يجعل الواقف أو المتولى أو المالك على الحانوت قدرا معينا يؤخذ من الساكن ويعطيه به تمسكا شرعيا فلا يملك صاحب الحانوت بعد ذلك إخراج الساكن الذى ثبت له الخلو ولا إجارتها لغيره ، ما لم يدفع له المبلغ المرقوم فيفتى بجواز ذلك قياسا على بيع الوفاء الذى تعارفه المتأخرون احتيالا عن الربا ، حتى قال فى مجموع النوازل : اتفق مشايخنا فى هذا الزمان على صحته بيعا لاضطرار الناس إلى ذلك : ومن القواعد الكلية : إذا ضاق الأمر اتسع حكمه ، فيندرج تحتها أمثال ذلك مما دعت إليه الضرورة ، والله أعلم اه ملخصا (قوله رفعه) أى جبرا (قوله من تحت البناء) الأولى حذف تحت ط (قوله حيث لايملك رفعه) حيثية تعليل ط (قوله ولو اصطلحوا الخ) هذا إما بيان للأفضل فلا ينافى الجبر عند عدم الاصطلاح أو هو رواية ضعيفة رملى على البحر ملخصا : وعلى الأول يوافق مامر عن الشروح ، وعلى الثانى يوافق ما أطبق عليه أرباب الفتاوى (قوله ولو لحق الآجر دين الخ) محله باب فسخ الإجارة وسيأتى بيانه هناك

(١) (قول الشارح منزوعا ومبنيا) الظاهر أن المراد بكونه منزوعا استحقاقه النزع ، وقوله مبنيا أى مع أنه لايمكن مالكه من الانتفاع به بل ينتظر حتى يتخلص شيئا فشيئا اه .

أن يفسخ بنفسه وعليه الفتوى : وتجوز بمثل الأجرة أو بأكثر أو بأقل بما يتغابن فيه الناس لا بما لا يتغابن وتكون فاسدة ، فيؤجره إجارة صحيحة إما من الأول أو من غيره بأجر المثل أو بزيادة بقدر ما يرضى به المستأجر اهـ :

وفى فتاوى الحنوتى : بينة الإثبات مقدمة وهى التى شهدت بأن الأجرة أولا أجرة المثل وقد اتصل بها القضاء فلا تنقض . قال : وبه أجاب بقية المذاهب فليحفظ :

باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافا فيها

أى فى الإجارة

(تصح إجارة حانوت) أى دكان

(قوله وتجوز بمثل الأجرة الخ) أى تجوز الإجارة بأجرة المثل أو بالأكثر منها مطلقا ما لم تكن بمال وقف أو يتيم كما علم مما مر فى الإجارة الطويلة عن الخانية (قوله بما يتغابن فيه الناس) قيد للأقل فافهم ، ثم هذا كله مكرر إذ قد علم مما مر (قوله وفى فتاوى الحانوتى الخ) ونصه : سئل ما قولكم فيما او حكم حاكم بصحة إجارة وقف وأن الأجرة أجرة المثل بعد أن أقيمت البينة بذلك ثم أقيمت بينة بأنها دون أجر المثل فيعمل ببينة بطلانها أم لا ؟ فأجاب : أجاب الشيخ نور الدين الطرابلسى قاضى القضاة الحنفى بماصورته : الحمد لله العلى الأعلى بينة الإثبات مقدمة وهى التى شهدت بأن الأجرة أجرة المثل وقد اتصل بها القضاء فلا تنقض : وأجاب الشيخ ناصر الدين اللقانى المالكى وقاضى القضاة أحمد بن النجار الحنبلى بجوابى كذلك ، فأجبت : نعم الأجوبة المذكورة صحيحة اهـ :

قلت : وهذا حيث لم تكن الشهادة الأولى يكذبها الظاهر وإلا فلا تقبل وتنقض كما فى الحامدية (قوله وقد اتصل بها القضاء) أى واستكمل شروطه : وفى فتاوى ابن نجيم ولا يمنع قبولها : أى الزيادة حكم الحنبلى بالصحة لأنه غير صحيح اهـ : قال فى الحامدية وفيه نظر ، لأن حكم الحاكم يرفع الخلاف تأمل اهـ :

أقول : مراده أن حكمه بصحة الإجارة ابتداء وأنها بأجر المثل لايمنع فسخها للزيادة العارضة بكثرة الرغبات بناء على القول المفتى به ، لأن ذلك غير محكوم به ، فمنع حكم الحنبلى الأول لذلك غير صحيح ، نعم لو حكم بإلغاء الزيادة العارضة بحادثة بخصوصها مستجمعا شرائطه منع من قبولها ، وقد صرح بذلك الحنوتى فى فتاواه أيضا حيث ذكر أنه لا يمنع الحاكم الحنفى من قبول الزيادة حكم الحنبلى بصحة الإجارة ولو وقعت بعد دعوى شرعية ، لأن الفسخ بقبول الزيادة حادثة أخرى لم يقع الحكم بها اهـ وذكر مثله فى موضع آخر ، وصرح به أيضا العلامة قنلى زاده ، وذكر أنه لايكفى قوله ثبت عندى أن هذا من أجر المثل ، ولا قوله ألغيت الزيادة العارضة لأن ذلك فتاوى لاأحكام نافذة مالم تكن على وجه خصم جاحد اهـ : ومثله مالو حكم بصحة الإجارة شافعى مثلا لايمنع الحنفى فسخها بالموت مالم يحكم الشافعى بخصوص ذلك بعد الموت كما صرح به ابن الغرس فتنبه ، والله تعالى أعلم :

باب مايجوز من الإجارة وما يكون خلافا فيها

(قوله وما يكون خلافا) أى والفعل الذى يكون خلاف الجائز فيها (قوله حانوت) على وزن فاعول وتاؤه

(ودار بلا بيان مايعمل فيها) لصرفه للمتعارف (و) بلا بيان (من يسكنها) فله أن يسكنها غيره بإجارة وغيرها كما سيجيء (وله أن يعمل فيهما) أى الحانوت والدار (كل ما أراد) فيتد ويربط دوابه ويكسر حطبه ويستنجى بجداوه ويتخذ بالوعة إن لم تضر ويطحن برحى اليد وإن به ضرّ به يفتى قنية (غير أنه لايسكن) بالبناء للفاعل أو المفعول (حدادا أو قصارا أو طحانا من غير رضا المالك أو اشتراطه) ذلك (فى) عقد (الإجارة) لأنه يوهن البناء فيتوقف على الرضا :

(وإن اختلفا فى الاشتراط فالقول للمؤجر) كما لو أنكر أصل العقد (وإن أقاما البينة فالبينة بينة المستأجر) لإثباتها الزيادة خلاصة :

وفيها استأجر للقصارة فله الحدادة إن اتحد ضررهما ، ولو فعل ما ليس له لزمه الأجر ، وإن انهدم به البناء ضمنه ولا أجر لأنهما لا يجتمعان :

(وله السكنى بنفسه وإسكان غيره بإجارة وغيرها) وكذا كل مالا يختلف بالمستعمل

مبدلة عن هاء وقيل فعاوت كملكوت . وهو كما فى القاموس : دكان الخمار والخمار نفسه يذكر ويؤنث والنسبة إليه حانى وحانوتى . وفسر الدكان به أيضا ، فقال كرمان : الحانوت جمعه دكاكين معرب ، وعليه فهما مترادفان والمراد به هنا ماأعد ليباع فيه مطلقا (قوله بلا بيان مايعمل فيها) أى فى هذه الأماكن وهى الحانوت والدار فأطلق الجمع على مافوق الواحد تأمل (قوله لصرفه للمتعارف) وهو السكنى وأنه لايتفاوت منح (قوله فله أن يسكنها غيره) أى ولو شرط أن يسكنها وحده منفردا سرى الدين وهذا فى الدور والحوانيت ط ومثله عبد الخدمة فله أن يؤجره لغيره ، بخلاف الدابة والثوب ، وكذا كل مايختلف باختلاف المستعمل كما فى المنح (قوله فيتد) مضارع من باب المثال أى يدق الوتد ح (قوله ويربط دوابه) أى فى موضع أعد لربطها لأن ربطها فى موضع السكنى إفساد كما فى غاية البيان : قال السائحانى : وينتفع ببئرها ولو فسدت لم يجبر على إصلاحها ويبنى التنور فيها فلو احترق به شيء لم يضمن : قلت : إلا إذا فعله فى محل لايليق به كقرب خشب مقدسى اه (قوله ويكسر حطبه) ينبغى تقييده أخذا مما قبله ومما بعده بأن يكون بمحل لايحصل به إضرار بالأرض وماتحتها من مجرى الماء. ثم رأيت الزيلعى قال : وعلى هذا له تكسير الحطب المعتاد للطبخ ونحوه لأنه لايوهن البناء ، وإن زاد على العادة بحيث يوهن البناء فلا إلا برضا المالك ، وعلى هذا ينبغى أن يكون الدق على هذا التفصيل اه (قوله ويطحن برحى اليد وإن ضرّ به يفتى قنية) لم أر هذه المسئلة فى القنية ، بل رأيت ماقبلها . وأما هذه فقد ذكرها فى البحر معزوة للخلاصة ، وتبعه المصنف فى المنح وتبعهما الشارح وفيه سقط ، فإن الذى وجدته فى الخلاصة هكذا : لا يمنع من رحى اليد إن كان لا يضر ، وإن كان يضر يمنع وعليه الفتوى ، ومثله فى الشرنبلالية عن الذخيرة (قوله بالبناء للفاعل أو المفعول) سهو منه ، وإنما هو بفتح الياء من الثلاثى المجرد أو بضمها من الرباعى وحدادا حال على الأول ومفعول به على الثانى ح . ووجه كونه سهوا أنه بالبناء للفاعل على الوجهين (قوله لأنه يوهن الخ) قال الزيلعى : فحاصله أن كل مايوهن البناء أو فيه ضرر ليس له أن يعمل فيها إلا بإذن صاحبها ، وكل مالا ضرر فيه جاز له بمطلق العقد واستحقه به (قوله فيتوقف على الرضا) أى رضا المالك أو الاشتراط : وفى أبى السعود عن الحموى : يفهم منه أنه لو كان وقفا ورضى المتولى بسكناه لايكون كذلك (قوله كما لو أنكر أصل العقد) فإن القول له : أى فكذا إذا أنكر نوعا منه ط (قوله ولو فعل ماليس له) أى وقد انقضت المدة ، أما لو مضى بعضها هل يسقط أجره (1) أو يجب ؟ يحرر ط عن المقدسى (قوله ولا أجر) أى فيما ضمنه نهاية ، وأما الساحة

---

(1) (قوله هل يسقط أجره) قد استظهر شيخنا لزوم الأجر اعتبارا للبعض بالكل اه .

يبطل التقييد لأنه غير مفيد ، بخلاف ما يختلف به كما سيجيء ، ولو آجر بأكثر تصدق بالفضل إلا فى مسألتين : إذا آجرها بخلاف الجنس أو أصلح فيها شيئا ، ولو آجرها من المؤجر لاتصح وتنفسخ الإجارة فى الأصح بحر معزيا للجوهرة ، وسيجىء تصحيح خلافه فتنبه :

(و) تصح إجارة (أرض للزراعة مع بيان مايزرع فيها ، أو قال على أن أزرع فيها ما أشاء) كى لا تقع المنازعة وإلا فهى فاسدة للجهالة ، وتنقلب صحيحة بزرعها ويجب المسمى : وللمستأجر الشرب والطريق ، ويزرع زرعين ربيعا وخريفا ولو لم يمكنه الزراعة للحال لاحتياجها لسقى أو كرى إن أمكنه الزراعة فى مدة العقد جاز وإلا لا ، وتمامه فى القنية :

(آجرها وهى مشغولة بزرع غيره ،

فينبغى الأجر فيها كذا فى الذخيرة سائحانى (قوله يبطل) بضم الياء من أبطل ، ويجوز الفتح ولكن كان حقه أن يجعله مستأنفا ويقول ويبطل فيه (قوله بخلاف مايختلف به) كالركوب واللبس (قوله كما سيجىء) أى بعد نحو ورقة (قوله بخلاف الجنس) أى جنس ما استأجر به وكذا إذا آجر مع مااستأجر شيئا من ماله يجوز أن تعقد عليه الإجارة فإنه تطيب له الزيادة كما فى الخلاصة (قوله أو أصلح فيها شيئا) بأن جصصها أو فعل فيها مسناة وكذا كل عمل قائم لأن الزيادة بمقابلة مازاد من عنده حملا لأمره على الصلاح كما فى المبسوط والكنس ليس بإصلاح وإن كرى النهر قال الخصاف تطيب وقال أبو على النسفى أصحابنا مترددون وبرفع التراب لاتطيب وإن تيسرت الزراعة ولو استأجر بيتين صفقة واحدة وزاد فى أحدهما يؤجرهما بأكثر ولو صفقتين فلا(١) خلاصة ملخصا (قوله لاتصح) أى قبل القبض أو بعده كما فى الجوهرة ولو تخلل ثالث على الراجح ، وهى رواية عن محمد وعليها الفتوى بزازية (قوله وتنفسخ الإجارة فى الأصح) أى الإجارة الأولى ، وأما الثانية فبالاتفاق (قوله وسيجىء) أى فى المتفرقات ، وسيذكر الشارح التوفيق هناك ويأتى الكلام عليه إن شاء الله تعالى (قوله للجهالة) المفضية إلى المنازعة فى عقد المعاوضة ، فإن من الزرع ماينفع الأرض ومنه مايضرها (قوله وتنقلب صحيحة بزرعها) أى استحسانا لأن المعقود عليه صار معلوما بالاستعمال وصار كأن الجهالة لم تكن زيلعى مختصرا . قال العلامة المقدسى : ينبغى تقييده بما إذا علم المؤجر بما زرع فرضى به ، وبما إذا علم من لبس الثوب وإلا فالنزاع ممكن ط مختصرا (قوله وللمستأجر الشرب والطريق) أى وإن لم يشترطهما ، بخلاف البيع لأن الإجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع إلا بهما فيدخلان تبعا : وأما البيع فالمقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع فى الحال حتى جاز بيع الجحش والأرض السبخة دون إجارتهما منح (قوله ويزرع زرعين) قال فى القنية : لو استأجرها سنة لزرع ماشاء له أن يزرع زرعين ربيعياً وخريفياً اه : فأنت ترى أن هـــذه مفروضة فى استئجار مدة يمكن فيها زرعان وقد أطلق فى عقد الإجارة ط (قوله وتمامه فى القنية) حيث قال : كما لو استأجرها فى الشتاء تسعة أشهر ولا يمكن زراعتها فى الشتاء جاز لما أمكن فى المدة : أما لو لم يمكن الانتفاع بها أصلا بأن كانت سبخة فالإجارة فاسدة : وفى مسألة الاستئجار فى الشتاء يكون الأجر مقابلا بكل المدة لابما ينتفع به فحسب ، وقيل بما ينتفع به اه :

قلت : وسيذكر الشارح فى باب الفسخ عن الجوهرة : لو جاء من الماء مايزرع بعضها ، إن شاء فسخ الإجارة كلها أو ترك ودفع بحساب ماروى منها (قوله بزرع غيره) أى غير المستأجر ، فلو كان الزرع له لايمنع صحتها والغير يشمل المؤجر والأجنبى ، فلو كان للمؤجر : أى رب الأرض فالحيلة أن يبيع الزرع منه بثمن معلوم ويتقابضا

---

(١) (قوله ولو صفقتين فلا) قال شيخنا لأنه إذا استأجرها صفقتين يكونان شيئين حقيقة وحكما فتكون الزيادة موزعة عليهما بخلاف ما إذا كانا بعقد واحد فإنهما فى الحكم كعين واحدة زاد فيها فيكون له إجارتها بأكثر بما استأجر ولا توزيع اه .

إن كان الزرع بحق لاتجوز) الإجارة ، لكن لو حصده وسلمها انقلبت جائزة (مالم يستحصد الزرع) فيجوز ويؤمر بالحصاد والتسليم ، به يفتى بزازية (إلا أن يؤاجرها مضافة) إلى المستقبل فتصح مطلقا (وإن) كان الزرع (بغير حق صحت) لإمكان التسليم بجبره على قلعه أدرك أولا ، فتاوى قارئ الهداية :

وفى الوهبانية : تصح إجارة الدار المشغولة يعنى ويؤمر بالتفريغ ، وابتداء المدة من حين تسليمها وفى الأشباه : استأجر مشغولا وفارغا صح فى الفارغ فقط ، وسيجىء فى المتفرقات :

(و) تصح إجارة أرض (للبناء والغرس) وسائر الانتفاعات كطبخ آجر وخزف ومقيلا ومراحا حتى تلزم الأجرة بالتسليم أمكن زراعتها أم لا بحر (فإن مضت المدة قلعهما وسلمها فارغة) لعدم نهايتهما (إلا أن يغرم له المؤجر قيمته) أى البناء والغرس (مقلوعا) بأن تقوم الأرض بهما وبدونهما فيضمن مابينهما اختيار (ويتملكه) بالنصب عطفا على يغرم لأن فيه نظرا لهما :

ثم يؤجره الأرض كما فى الخلاصة عن الأصل ، وكذا لو ساقاه عليه قبل الإجارة لابعدها كما قدمناه (قوله إن كان الزرع بحق) كأن كان بإجارة ولو فاسدة كإجارة الوقف بدون أجر المثل على مارجحه الخصاف من أن المستأجر بدون أجر المثل لايكون غاصباً وعليه أجر المثل : وفى فتاوى قارئ الهداية أن المستأجر إجارة فاسدة إذا زرع يبقى وكذا المساقاة اه ط وسيأتى أنه يلحق بالمستأجر المستعير فيترك إلى إدراكه بأجر المثل (قوله مالم يستحصد) أى يدرك ويصلح للحصاد (قوله به يفتى بزازية) ومثله فى الخانية (قوله إلى المستقبل) أى إلى وقت يحصد الزرع فيه وتصير الأرض فارغة عنه (قوله مطلقا) أى سواء كان الزرع بحق أولا ، وسواء استحصد أولا (قوله بجبره) أى بسبب جبر الزارع (قوله وسيجىء فى المتفرقات) أى متفرقات كتاب الإجارة ، وسيجىء أيضا حمل مافى الأشباه على مالو استأجر عينا بعضها فارغ وبعضها مشغول يعنى وفى تفريغ المشغول ضرر فلا ينافى مافى الوهبانية (قوله ومقيلا ومراحا) عطف على قوله للبناء ، مثل قوله تعالى — لتركبوها وزينة — والمقيل : مكان القيلولة : والمراح : بالضم مأوى الماشية ، والمراد بهما هنا المصدر الميمى ليصح جعلهما مفعولا لأجله ، ثم هذا ذكره صاحب البحر بحثا وتبعه الطورى وأفتى به الشهاب الشلبى والحانوتى ، ويراد به إلزام الأجرة بالتمكن من الأرض شملها الماء وأمكن زراعتها أولا . قال : ولا شك فى صحته لأنه لم يستأجرها للزراعة بخصوصها حتى يكون عدم ريها فسخا لها ، وأطال فى وقف الأشباه فى الاستدلال على ذلك . ونقل الحموى أنه توقف فى صحتها بعضهم ، وأطال أيضا فراجعهما (قوله أمكن زراعتها أم لا) هذا فيما لم يستأجرها للزرع ، فلو له لابد من إمكانه كما مر ويأتى فتنبه (قوله قلعهما) أى إلا أن يكون فى الغرس ثمرة فيبقى بأجر المثل إلى الإدراك ط (قوله وسلمها فارغة) وعليه تسوية الأرض لأنه هو المخرب لها ط عن الحموى (قوله لعدم نهايتهما) أى البناء والغرس ، إذ ليس لهما مدة معلومة بخلاف الزرع كما يأتى (قوله مقلوعا) أى مستحق القلع فإنه أقل من قيمة المقلوع كما فى الغصب قهستانى . وفى الشرنبلالية : أى مأمورا مالكهما بقلعهما ، وإنما فسرناه بكذا لأن قيمة المقلوع أزيد من قيمة المأمور بقلعه لكون المؤنة مصروفة للقلع كذا فى الكفاية اه (قوله بأن تقوم الأرض بهما) أى مستحق القلع كما علمته . وبه اندفع اعتراض العينى فى الغصب بأن هذا ليس بضمان لقيمته مقلوعا بل هو ضمان لقيمته قائما ، وإنما يكون ضمانا لقيمته مقلوعا أن لو قوم البناء والغرس مقلوعا موضوعا على الأرض اه وكأنه فهم أنه تقوم الأرض بهما مستحق البقاء ، وليس المراد هذا ولا الثانى الذى ذكره بل مامر فتدبر (قوله لأن فيه نظرا لهما) حيث أوجبنا للمؤجر تسلم الأرض بعد انقضاء مدة الإجارة وللمستأجر قيمتهما مستحق القلع ، لأن أصل

قال فى البحر : وهذا الاستثناء من لزوم القلع على المستأجر ، فأفاد أنه لا يلزمه القلع لو رضى المؤجر بدفع القيمة لكن إن كانت تنقص بتملكها جبرا على المستأجر وإلا فبرضاه (أو يرضى) المؤجر عطفا على يغرم (بتركه) أى البناء والغرس (فيكون البناء والغرس لهذا والأرض لهذا) وهذا الترك إن بأجر فإجارة وإلا فإعارة ، فلهما أن يؤاجراهما لثالث ويقتسما الأجر على قيمة الأرض بلا بناء وعلى قيمة البناء بلا أرض ، فيأخذ كل حصته مجتبى .

وفى وقف القنية : بنى فى الدار المسبلة بلا إذن القيم ونزع البناء يضر بالوقف يجبر القيم على دفع قيمته للبانى الخ .

(ولو استأجر أرض وقف وغرس فيها) وبنى (ثم مضت مدة الإجارة فللمستأجر استيفاؤها بأجر المثل إذا لم يكن فى ذلك ضرر) بالوقف (ولو أبى الموقوف عليهم إلا القلع ليس لهم ذلك) كذا فى القنية . قال فى البحر ، وبهذا تعلم مسألة الأرض

وضعهما بحق (قوله قال فى البحر الخ) لايخفى أن مفاد الكلام حينئذ أن للمؤجر أن يتملكه جبرا على المستأجر سواء نقصت الأرض بالقلع أم لا مع أنه ليس له ذلك إلا إذا كانت تنقص به ، فلهذا قال الزيلعى وغيره من شراح الهداية : هذا إذا كانت تنقص بالقلع دفعا للضرر عن المؤجر ولا ضرر على المستأجر ، لأن الكلام فى مستحق القلع والقيمة تقوم مقامه ، فإن لم تنقص به لايتملكه إلا برضا المستأجر لاستوائهما فى ثبوت الملك وعدم ترجح أحدهما على الآخر اه ملخصا .

فعلم أن قول البحر بعد بيان مرجع الاستثناء لاحاجة إلى هذا الحمل كما فعل الزيلعى وغيره غير ظاهر مع أنه اضطر ثانيا إليه فذكر هذا التفصيل كما فعل شارحنا بقوله لكن الخ فتنبه ، وهذا مامرت الإشارة إليه قبل هذا الباب من أن مافى الفتاوى مخالف لما فى الشروح بل ولما فى المتون ، وقدمنا عن المصنف هناك أنه يشمل الملك والوقف (قوله إن بأجر) بأن يعقد لبقائهما عقد إجارة بشروطها ط (قوله فلهما) مرتبط بقوله وإلا فإعارة ط : أى لأنه لو كان الترك بأجر لم يبق لرب الأرض مدخل (قوله المسبلة) قال الرملى : تقدم فى كتاب الوقف أن السبيل هو الوقف على العامة (قوله إلى آخره) تمام عبارة القنية : ويجوز للمستأجر غرس الأشجار والكروم فى الموقوفة إذا لم يضر بالأرض بدون صريح إذن من المتولى دون حفر الحياض ، وإنما يحل للمتولى الإذن فيما يزيد به الوقف خيرا ، وهذا إذا لم يكن له قرار العمارة فيها . أما إذا كان فيجوز الحفر والغرس والحائط من ترابها لوجود الإذن فى مثلها دلالة اه بحر (قوله ولو استأجر أرض وقف) قيد بالوقف ، لما فى الخيرية عن حاوى الزاهدى عن الأسرار من قوله : بخلاف ما إذا استأجر أرضا ملكا ليس للمستأجر أن يستبقيها كذلك إن أبى المالك إلا القلع بل يكلفه على ذلك إلا إذا كانت قيمة الغراس أكثر من قيمة الأرض فيضمن المستأجر قيمة الأرض للمالك فيكون الإغراس والأرض للغارس ، وفى العكس يضمن المالك قيمة الإغراس فتكون الأرض والأشجار له ، وكذا الحكم فى العارية اه (قوله وبنى) الواو بمعنى أو ط (قوله كذا فى القنية) الإشارة لجميع ماذكره المصنف ، وأفتى به فى الخيرية قائلا وأنت على علم أن الشرع يأبى الضرر خصوصا والناس على هذا ، وفى القلع ضرر عليهم وفى الحديث الشريف عن النبى المختار « لاضرر ولا ضرار » اه وأفتى به فى الحامدية ، لكنه فى الخيرية أفتى فى موضع آخر بخلافه وقال : يقلع وتسلم الأرض لناظر الوقف كما صرحت به المتون قاطبة اه .

أقول : وحيث كان مخالفا للمتون فكيف يسوغ الإفتاء به مع أنه من كلام القنية ، ولا يعمل بما فيها إذا خالف غيره كما صرح به ابن وهبان وغيره ، وما فى المتون قد أقره الشراح وأصحاب الفتاوى ، وإنما اختلفوا فى تملك المؤجر البناء والغرس جبرا على المستأجر كما مر ، وحيث قدم مافى الشروح على ما اتفق عليه أصحاب الفتاوى

المحتكرة ، وهى منقولة أيضا فى أوقاف الخصاف :

فى تلك المسألة ، فما اتفق عليه الكل أولى بالتقديم ، فليت المصنف لم يذكره فى متنه : وما أجاب به أبو السعود فى حاشية مسكين بأن مافى القنية مفروض فيما إذا اشترط الاستبقاء ، وما مر فى المتن من اشتراط رضا المؤجر فيما إذا لم يشترط الاستبقاء لاينفى المخالفة ، لأن مافى المتون مطلق ، ومفاهيمها حجة مع أنه قد يقال هذا الشرط مفسد لما فيه من نفع المستأجر إن لم يؤد إلى استيلائه على الوقف ، وتصرفه فيه تصرف الملك كما هو مشاهد فى زماننا ويصير يستأجره بما قل وهان ويدعى أن الزيادة عليه ظلم وبهتان ، ومنشأ ذلك من النظار أعمى الله أنظارهم طمعا فى الرشوة التى يسمونها بالخدمة ، على أن مافى القنية لو قوى بما ذكره الخصاف كما يأتى وفرض أن ذلك صار صالحا لمعارضة المتون والشروح والفتاوى لايفتى به ، لما مر أنه يفتى بكل ماهو أنفع للوقف مما اختلف العلماء فيه وبنوا عليه تصحيح القول بفسخ الإجارة لزيادة أجر المثل فى المدة كما مر ، وكل ذلك صار الأمر فيه بالعكس فى زماننا ، حتى إن القضاة حيث لم يجدوا حيلة فى المذهب على الوقف توسلوا إليها بمذهب الغير فآل الأمر إلى الاستيلاء على الأوقاف واندراس المساجد والمدارس والعلماء وافتقار المستحقين وذرارى الواقفين : وإذا تكلم أحد بين الناس بذلك يعدون كلامه منكرا من القول ، وهذه بلية قديمة ، فقد ذكر العلامة قنلى زاده ماملخصه : أن مسألة البناء والغرس على أرض الوقف كثيرة الوقوع فى البلدان خصوصا فى دمشق ، فإن بساتينها كثيرة وأكثرها أوقاف غرسها المستأجرون وجعلوها أملاكا ، وأكثر إجاراتها بأقل من أجر المثل إما ابتداء وإما بزيادة الرغبات وكذلك حوانيت البلدان ، فإذا طلب المتولى أو القاضى رفع إجاراتها إلى أجر المثل يتظلم المستأجرون ويزعمون أنه ظلم وهم ظالمون كما قال الشاعر :

تشكو المحب ويشكو وهى ظالمة ... كالقوس تصمى الرمايا وهى مرنان(١)

وبعض الصدور والأكابر يعاونونهم ويزعمون أن هذا يحرك فتنة على الناس ، وأن الصواب إبقاء الأمور على ماهى عليه ، وأن شر الأمور محدثاتها ، ولا يعلمون أن الشر فى إغضاء العين عن الشرع ، وأن إحياء السنة عند فساد الأمة من أفضل الجهاد ، وأجزل القرب؟ فيجب على كل قاض عادل عالم وعلى كل قيم أمين غير ظالم أن ينظر فى الأوقاف ، فإن كان بحيث إذا رفع البناء والغرس تستأجر بأكثر أن يفسخ الإجارة ويرفع بناءه وغرسه أو يقبلها بهذه الأجرة ، وقلما يضر الرفع بالأرض ، فإن الغالب أن فيه نفعا وغبطة للوقف إلى آخر ماقال رحمه الله تعالى ، وهذا علم فى ورق ، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم :

مطلب فى الأرض المحتكرة ومعنى الاستحكار

(قوله المحتكرة) قال فى الخيرية : الاستحكار عقد إجارة يقصد بها استبقاء الأرض مقررة للبناء والغرس أو لأحدهما (قوله وهى منقولة الخ) الضمير لمسألة القنية والمقصود تقويتها فيكون مخصصا لكلام المتون : ووجهه إمكان رعاية الجانبين من غير ضرر وعدم الفائدة فى القلع ، إذ لو قلعت لاتؤجر بأكثر منه ، وعليه فلو مات المستأجر فلورثته الاستبقاء ، ولو حصل ضرر ما بأن كان هو أو وارثه مفلسا أو سيء المعاملة أو متغلبا يخشى على الوقف منه أو غير ذلك من أنواع الضرر لايجبر الموقوف عليهم تأمل رملى ملخصا ، وقد أفتى بخلافه فى فتاواه قبيل باب ضمان الأجير فى خصوص الأرض المحتكرة فقال : للقيم أن يطالب برفع البناء وتسليم الأرض فارغة

(١) (قوله المرنة اسم صوت القوس١) والمرنان مثله صحاح اه منه .

(١) (قوله اسم صوت القوس) الذى فى الصحاح : والمرنة القوس الخ اه .

(والرطبة) لعدم نهايتها (كالشجر) فتقلع بعد مضى المدة ، ثم المراد بالرطبة ما يبقى أصله فى الأرض أبدا ، وإنما يقطف ورقه ويباع أو زهره . وأما إذا كان له نهاية معلومة كما فى الفجل والجزر والباذنجان فينبغى أن يكون كالزرع يترك بأجر المثل إلى نهايته كذا حرره المصنف فى حواشى الكنز ، وقواه بما فى معاملة الخانية فليحفظ .

قلت : بقى له نهاية معلومة لكنها بعيدة طويلة كالقصب فيكون كالشجر كما فى فتاوى ابن الجلبى فليحفظ (والزرع يترك بأجر المثل إلى إدراكه) رعاية للجانبين ، لأن له نهاية كما مر (بخلاف موت أحدهما قبل إدراكه فإنه يترك بالمسمى) على حاله (إلى الحصاد) وإن انفسخت الإجارة ، لأن إبقاءه على ما كان أولى ما دامت المدة باقية أما بعدها فبأجر المثل (ويلحق بالمستأجر المستعير) فيترك إلى إدراكه بأجر المثل (وأما الغاصب فيؤمر بالقلع

كما هو مستفاد من إطلاقاتهم اه ولا يخفى أن الضرر الآن متحقق . وقد صرح فى الإسعاف : لو تبين أن المستأجر يخاف منه على رقبة الوقف يفسخ القاضى الإجارة ويخرجه من يده اه فكيف تؤجر منه بعد مضى مدتها (قوله والرطبة كالشجر) هذه من مسائل المتون فصل المصنف بينها وبين ماقبلها بعبارة القنية ، فقوله كالشجر : أى فى الحكم المار من لزوم القلع إلا أن يغرم المؤجر قيمتها الخ : وبه ظهر أن قول الشارح فتقلع الخ تفريع صحيح وليس تفريعا على مافى القنية فافهم (قوله أو زهره) الأولى التعبير بالثمر ليعم الزهر وغيره ط (قوله كما فى الفجل) بضم الفاء : وفيه أن الفجل والجزر ليسا من الرطبة بل يقلعان مرة واحدة ثم لايعودان ط (قوله وقواه بما فى معاملة الخانية) المعاملة : المساقاة : ذكر فى الهندية : لو دفع أرضا ليزرع فيها الرطاب أو دفع أرضا فيها أصول رطبة باقية ولم يسم المدة ، فإن كان شيئا ليس لابتداء نباته ولا لانتهاء جذه وقت معلوم فالمعاملة فاسدة ، فإن كان وقت جذه معلوما يجوز ويقع على الجذة الأولى كما فى الشجرة المثمرة ط (قوله قلت بقى الخ) الباذنجان من هذا القبيل فى بعض البلاد ، وكذا البيقيا سائحانى (قوله والزرع يترك) أى بالقضاء أو الرضا كما سيأتى (قوله رعاية للجانبين) أى جانب المؤجر بإيجاب أجر المثل له ، وجانب المستأجر بإبقاء زرعه إلى انتهائه (قوله بخلاف الموت(١)) والفرق كما سيشير إليه الشارح أنه بإنتهاء مدة الإجارة لم يبق حكم ما تراضيا من المدة ، ألا ترى أنه بإنقضاء المدة ارتفعت هى فاحتيج إلى تسمية جديدة ولا كذلك قبل انقضائها ، لأنه بقى بعض المدة التى سمياها فلم يرفع حكمها فاستغنى عن تسمية جديدة إتقانى (قوله وإن انفسخت الإجارة) يخالفه مافى الباب الخامس من جواهر الفتاوى : لو استأجرا من رجل أيضا ثم مات أحد المستأجرين لاتنفسخ بموته إذا كان الزرع فى الأرض ، ويترك فى ورثته بالمسمى لا بأجر المثل حتى يدرك الزرع وهو الصحيح ، بخلاف ما إذا انقضت المدة الخ ، ومثله ماسيذكره الشارح فى باب فسخ الإجارة عن المنية أنه يبقى العقد بالمسمى حتى يدرك فتأمل . ثم رأيت فى البدائع أن وجوب المسمى استحسان ، والقياس أن يجب أجر المثل لأن العقد انفسخ حقيقة ، وإنما أبقيناه حكما فأشبه شبهة العقد فوجب أجر المثل كما لو استوفاها بعد انقضاء المدة اه فقوله لاتنفسخ وقوله يبقى العقد : أى حكما لا حقيقة .

[تنبيه] لو تفاسخا عقد الإجارة والزرع بقل قيل لا يترك وقيل يترك ذخيرة ، واقتصر فى البزازية على الأول لأن المستأجر رضى به (قوله فيترك إلى إدراكه بأجر المثل) أى سواء وقتها أولا ، وفى الكلام إشعار بأنه استعارها للزرع ، وقدم فى العارية أنه لو استعارها للبناء والغرس صح ، وله الرجوع متى شاء ويكلفه قلعهما إلا إذا كان فيه مضرة بالأرض فيتركان بالقيمة مقلوعين ، وإن وقت العارية فرجع قبله ضمن للمستعير ما نقص

(١) (قوله بخلاف الموت) هكذا بخطه ، والذى فى نسخ الشارح (بخلاف موت أحدهما) بحر ، وليحرر اه مصححه .

مطلقا) لظلمه ، ثم المراد بقولهم يترك الزرع بأجر : أى بقضاء أوبعقدهما حتى لا يجب الأجر إلا بأحدهما كما فى القنية فليحفظ بحر .

(و) تصح (إجارة الدابة للركوب والحمل والثوب للبس لا) تصح إجارة الدابة (ليجنبها) أى ليجعلها جنيبة بين يديه (ولا يركبها ولا) تصح إجارتها أيضا (لـ) أجل أن (يربطها على باب داره ليراها الناس) فيقولوا له فرس (أو) لأجل أن (يزين بيته) أو حانوته (بالثوب) لما قدمنا أن هذه منفعة غير مقصودة من العين ، وإذا فسدت فلا أجر ؛ وكذا لو استأجر بيتا ليصلى فيه أو طيبا ليشمه

بالقلع ، وقدمنا الكلام عليه (قوله مطلقا) أى وإن لم يدرك ط (قوله حتى لايجب الخ) هذا فى غير ما استثناه المتأخرون من الوقف والمعدّ للاستغلال ومال اليتيم ، فإنها إذا مضت المدة وبقى الزرع بعدها حتى أدرك يقضى بأجر المثل لما زاد على المدة مطلقا شرنبلالية (قوله للركوب والحمل) لكن لو استأجرها للحمل له الركوب بخلاف العكس ، فلو حمل عليها لا أجر عليه لأن الركوب يسمى حملا ، يقال حمل معه غيره لا العكس بحر عن الخلاصة مختصرا : وفيه عن العمادية : استأجرها ليحمل حنطة من موضع إلى منزله يوما إلى الليل فحمل وكلما رجع كان يركبها . قال الرازى : يضمن لو عطبت . وقال أبو الليث فى الاستحسان : لا ، لجريان العادة به والإذن دلالة اه .

فالحاصل أنهم اتفقوا على أنها لو للحمل له الركوب ، لكن الرازى قيده بأن لايجمع بينهما والفقيه عممه اه (قوله والثوب للبس) ويكفى فى استئجاره التمكن منه وإن لم يلبس وهوكالسكنى ،وفى الدابة لايكفى(١) التمكن لما فى العمادية : استأجر دابة ليركبها إلى مكان معلوم فأمسكها فى منزله فى المصر لا يجب الأجر ويضمن لو هلك اه بحر ملخصا ومر تمامه (قوله ليجنبها) يقال جنب الدابة جنبا بالتحريك : قادها إلى جنبه ، ومنه قولهم خيل مجنبة شدد للكثرة . والجنيبة : الدابة تقاد ، وكل طائع منقاد جنيب . والأجنب : الذى لا ينقاد صحاح ملخصا (قوله جنيبة بين يديه) أى مقادة كما علم مما مر ، وكأن التقييد بالظرف للعادة ، وإلا فظاهر الصحاح الإطلاق (قوله ولا يركبها) لم يصرح بمفهومه ، وهو يفيد أنه لو استأجرها لها يصح نظرا للركوب وغيره تبع له ويحرر ط .

أقول : ذكر فى الخلاصة والتاترخانية بعد سرد نظائر هذه المسألة أن الإجارة فاسدة ، ولا أجر له إلا إذا كان الذى يستأجر قد يكون يستأجر لينتفع به اه . وظاهره أنه إذا كان كذلك فعليه الأجر وإن لم يذكر الركوب ونحوه ، فإذا استأجرها لها لزمه بالأولى ، هذا بالنظر إلى لزوم الأجر ، وأما الصحة فراجعة إلى بيان المنفعة (قوله ليصلى فيه) وقع فى عبارة الخانية : استأجر بيتا من مسلم ليصلى فيه ، واحترز به ابن وهبان عن الكافر : قال ابن الشحنة : ينبغى كون مفهومه مهجورا لأن العلة جهل المدة ، فلو علمت تصح ، وكذا لو جعلت كون المنفعة غير مقصودة فتأمله اه ملخصا .

أقول : وفى التاترخانية : استأجر الذمى من الذمى بيتا يصلى فيه لايجوز ، ولو استأجر من المسلم بيعة ليصلى فيها لا يجوز أيضا ، وفى السواد جاز ، ولو استأجر مسلم من مسلم بيتا يجعله مسجدا يصلى فيه لا يجوز فى قول علمائنا لأن الاستئجار على ما هو طاعة لا يجوز ، وكذلك الذمى يستأجر رجلا ليصلى بهم لا يجوز اه ملخصا ،

---

(١) (قوله وفى الدابة لايكفى الخ) قال شيخنا : قد تقدم أن التمكن فى مكان العقد شرط ، حتى لو تمكن لافى محله لايجب الأجر ومثلوا له بهذه المسألة ، فالحق أن عدم لزوم الأجر فى هذه لعدم التمكن فى مكان العقد ، ألا ترى أنه لو أخرجها من المصر ولم يركبها قالوا عليه الأجر ، وكذا لو استأجرها ليذهب بها إلى مكان كذا من المصر وأمسكها يكون عليه الأجر للتمكن فى محل العقد اه .

أو كتابا ولو شعرا ليقرأه أو مصحفا شرح وهبانية (وإن لم يقيدها براكب ولابس أركب وألبس من شاء) وتعين أول راكب ولابس ، وإن لم يبين من يركبها فسدت للجهالة وتنقلب صحيحة بركوبها (وإن قيد براكب أو لابس فخالف ضمن إذا عطبت ولا أجر عليه وإن سلم) بخلاف حانوت أقعد فيه حدادا مثلا حيث يجب الأجر إذا سلم لأنه لما سلم علم أنه لم يخالف ، وأنه مما لا يوهن الدار كما فى الغاية لأنه مع الضمان ممتنع (ومثله) فى الحكم (كل ما يختلف بالمستعمل) كالفسطاط (وفيما لا يختلف فيه بطل تقييده به كما لو شرط سكنى واحد له أن يسكن غيره)

ففيه التصريح بأن المسلم غير قيد وأن العلة غير ما ذكره ، ومفاده عدم الجواز وإن بيّن المدة (قوله أو كتابا الخ) لأن القراءة إن كانت طاعة كالقرآن أو معصية كالغناء فالإجارة عليها لا تجوز ، وإن كانت مباحة كالأدب والشعر فهذا مباح له قبل الإجارة فلا تجوز ، ولو انعقدت تنعقد على الحمل وتقليب الأوراق ، والإجارة عليه لا تنعقد ولو نص عليه لأنه لا فائدة فيه للمستأجر ولوالجية (قوله وإن لم يقيدها) صادق بالإطلاق كقوله للركوب أو اللبس مثلا ولم يزد عليه ، وبالتعميم كقوله على أن أركب أو ألبس من شئت ، هذا هو المراد هنا ؛ كما أن المراد الأول بقول الشارح بعده ولو لم يبين ، ولكن فى التعبيرين خفاء فافهم : والفرق أنه فى الإطلاق صار الركوبان مثلا من شخصين كالجنسين فيكون المعقود عليه مجهولا ، وفى التعميم رضى المالك بالقدر الذى يحصل فى ضمن الركوب فصار المعقود عليه معلوما أفاده فى البحر (قوله فسدت) ومثله الحمل لما فى البزازية : استأجر ولم يذكر ما يحمل فسدت . وفى الخانية ليطحن بها كل يوم بدرهم وبين ما يطحن من الشعير أو نحوه ذكر فى الكتاب أنه يجوز وإن لم يبين مقداره : وقال خواهر زاده : لابد من بيان مقدار ما يطحن كل يوم وعليه الفتوى (قوله وتنقلب صحيحة بركوبها) سواء ركبها أو أركبها ، ويجب المسمى استحسانا لزوال الجهالة بجعل التعيين انتهاء كالتعيين ابتداء ، ولا ضمان بالهلاك لعدم المخالفة زيلعى ملخصا (قوله ضمن) لأنه صار متعديا لأن الركوب واللبس مما يتفاوت فيه الناس ، فرب خفيف جاهل أضر على الدابة من ثقيل عالم (قوله وإن سلم) لأنه يكون غاصبا ومنافع الغصب غير مضمونة إلا فيما استثنى ط (قوله وأنه مما لا يوهن) أى بالفعل وإن كان مما من شأنه أن يوهن فافهم (قوله لأنه مع الضمان ممتنع) تعليل لقوله ولا أجر عليه لكنه خاص بحالة العطب ، فإن سلم فقد مر تعليله (قوله ومثله فى الحكم) أى فى كونه يضمن إذا عطبت مع المخالفة والتقييد بحر (قوله كالفسطاط) قال فى الدرر : حتى لو استأجره فدفعه إلى غيره إجارة أو إعارة فنصبه وسكن فيه ضمن عند أبى يوسف لتفاوت الناس فى نصبه واختيار مكانه وضرب أوتاده ، وعند محمد لا يضمن لأنه للسكنى فصار كالدار اهـ . وقوله ضمن عند أبى يوسف وقال أبو السعود : أى إن كان قيد بأن يستعمله بنفسه حموى ، وكذا عند أبى حنيفة على ما نقله شيخنا عن المفتاح اهـ .

وفى التاترخانية : استأجر قبة لنصبها فى بيته شهرا بخمسة دراهم جاز وإن لم يسم مكان النصب ، ولو نصبها فى الشمس أو المطر وكان فيه ضرر عليها ضمن ولا أجر ، وإن سلمت عليه الأجر استحسانا ، وإن نصبها فى دار أخرى فى ذلك المصر لا يضمن ، وإن أخرجها إلى السواد لا أجر سلمت أو هلكت ، ولو استأجر فسطاطا يخرج به إلى مكة أن يستظل بنفسه وبغيره لعدم التفاوت ، ولو انقطع أطنابه وانكسر عموده فلم يستطع نصبه لا أجر ، وإن اختلفا فى مقدار الانتفاع فالقول للمستأجر وإن فى أصله حكم الحال كمسألة الطاحون وتمامه فيها (قوله له أن يسكن غيره) أى غير ذلك الواحد : وفى شرح الزيلعى أول الباب : وله أى للمستأجر أن يسكن غيره معه أو منفردا لأن كثرة السكان لا تضربها بل تزيد فى عمارتها ، لأن خراب المسكن بترك السكنى اهـ . وقدمنا أن له ذلك وإن شرط أن يسكن وحده منفردا ، فما قيل إن سكنى الواحد ليس كسكنى الجماعة بحث معارض للمنقول وإن

لما مر أن التقييد غير مفيد (وإن سمى نوعا أو قدرا ككر" بر" له حمل مثله وأخف لا أضر كالملح) والأصل أن من استحق منفعة مقدرة بالعقد فاستوفاها أو مثلها أو دونها جاز ، ولو أكثر لم يجز ، ومنه تحميل وزن البر قطنا لاشعيرا فى الأصح :

(ولو أردف من يستمسك بنفسه وعطبت الدابة يضمن النصف) ولا اعتبارللثقل لأن الآدمى غير موزون ، وهذا (إن كانت) الدابة (تطيق حمل الاثنين وإلا فالكل) بكل حال (كما لوحمله) الراكب (على عاتقه) فإنه يضمن الكل (وإن كانت تطيق حملهما) لكونه فى مكان واحد (وإن كان)الرديف

كان ظاهرا لكن قد يقال معنى كلامهم أن له أن يسكن غيره فى بقية بيوت الدار لأنه إذا سكن فى بيت منها وترك الباقى خاليا يلزم الضرر لعدم تفقده من وكف المطر ونحوه بما يخر" بها تأمل (قوله لما مر) أى أول الباب (قوله ككر" بر") الكر" قدر ، والبر" نوع . والكر : ستون قفيزا . وثمانية مكاكيك . والمكوك : صاع ونصف ، فيكون اثنى عشر وسقا مصباح ، وهذا عند أهل بغداد والكوفة ط عن الحموى (قوله له حمل مثله) أى فى الضرر بشرط التساوى فى الوزن ، وما فى الدرر من قوله وإن تساويا فى الوزن : قال الشرنبلالى : الواو فيه زائدة (قوله مقدرة) أى معينة قدرا فدخل فيه زراعة الأرض إذا عين نوعا للزراعة له أن يزرع مثله أخف لا أضر كما فى البحر (قوله أو مثلها) كما لوحمل كر" بر" لغيره بدل كر" بر" . قال فى البحر : وغلط من مثل بالشعير للمثل لأنه يلزم عليه أنه لو استأجرها لحمل كر شعير له أن يحمل كر حنطة ، وليس كذلك لأنه فوقه (قوله أو دونها) ككر شعير بدل كر" بر" لأنه أخف وزنا (قوله ومنه) أى مما لم يخرج (قوله لا شعيرا فى الأصح) أى لو عين قدرا من الحنطة فحمل مثل وزنه شعيرا جاز ، فلا يضمن لو عطبت استحسانا وهو الأصح ، لأن ضرر الشعير فى حق الدابة عند استوائهما وزنا أخف من ضرر الحنطة لأنه يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما تأخذه الحنطة فيكون أخف عليها بالإنبساط ، بخلاف ما إذا حمل مثل وزن الحنطة قطنا لأنه يأخذ من ظهرها أكثر من الحنطة وفيه حرارة فكان أضر عليها من الحنطة ، فصار كما إذا حمل عليها تبنا أو حطبا ، وكذا لوحمل مثل وزنها حديدا أو ملحا لأنه يجتمع فى مكان واحد من ظهرها فيضرها ، فحاصله متى كان ضرر أحدهما فوق ضرر الآخر من وجه لا يجوز وإن كان أخف ضررا من وجه آخر ، كذا أفاده الزيلعى . أقول : ولم يذكر مايضمن فى هذه الأوجه .

وحاصل ما فى البدائع أن الخلاف الموجب للضمان إما فى الجنس أو فى القدر أو الصفة . فالأول كما إذا استأجرها لحمل كر شعير فحمل كر حنطة يضمن كل القيمة لأنها جنس آخر وأثقل فصار غاصبا ولا أجر لأنهما لايجتمعان . والثانى كما إذا استأجرها ليحمل عشرة أقفزة حنطة فحمل أحد عشر ، فإن سلمت لزم المسمى وإلا ضمن جزءا من أحد عشر جزءا من قيمتها . والثالث كما إذا استأجرها ليحمل مائة رطل قطن فحمل مثل وزنه أو أقل حديدا يضمن قيمتها لأن الضرر ليس للثقل فلم يكن مأذونا ، ولا أجر لما قلنا وسيأتى تمامه (قوله ولو أردف) الرديف : من تحمله خلفك على ظهر الدابة ، واحترز به عما لو أقعده السرج ويأتى الكلام فيه (قوله يضمن النصف) أى سواء كان أخف أو أثقل إتقانى ، لأن ركوب أحدهما مأذون فيه دون الآخر وعليه الأجرة لأنه استوفى المعقود عليه وزيادة ، غير أن الزيادة استوفيت من غير عقد فلا يجب لها الأجر بدائع (قوله ولا اعتبار للثقل) أى فلا يضمن بقدر ما زاد وزنا ، فصار كحائط بين شريكين أثلاثا أشهد على أحدهما فوقعت منه آجرة على رجل فعلى المشهد عليه نصف الدية وإن كان نصيبه من الحائط أقل من النصف ، لأن التلف ما حصل بالثقل بل بالجرح والجراحة اليسيرة كالكثيرة فى الضمان ، كمن جرح إنسانا جراحة وجرحه آخر جراحتين فمات ضمنا نصفين بدائع (قوله بكل حال) أى وإن كان لا يستمسك ط (قوله لكونه فى مكان واحد)

(صغيرا لايستمسك يضمن بقدر ثقله) كحمله شيئا آخر ولو من ملك صاحبها كولد الناقة لعدم الإذن ، وليس المراد أن الرجل يوزن بل أن يسأل أهل الخبرة كم يزيد ، ولو ركب على موضع الحمل ضمن الكل لمامر ؛ وكذا لو لبس ثيابا كثيرة ، ولو مايلبسه الناس ضمن بقدر ما زاد مجتبى :

(وإذا هلكت بعد بلوغ المقصد وجب جميع الأجر) لركوبه بنفسه (مع التضمين) أى لنصف القيمة لركوب غيره ؛ ثم إن ضمن الراكب لايرجع ، وإن ضمن الرديف رجع لو مستأجرا من المستأجر وإلا لا ، قيد بكونها عطبت لأنها لو سامت لزم المسمى فقط وبكونه أردفه ، لأنه لو أقعده فى السرج صار غاصبا فلا أجر عليه بحر عن الغاية ، لكن فى السراج عن المشكل مايخالفه ؛ فليتأمل عند الفتوى . وكيف فى الأشباه وغيرها أن الأجر والضمان لايجتمعان :

فيكون أشق على الدابة زيلعى (قوله صغيرا لايستمسك) محترز قوله من يستمسك ، وانظر هل الكبير الذى لا يستمسك كالصغير (قوله بقدر ثقله) ذكره الزيلعى والإتقانى ، وهو مخالف للتعليل السابق تأمل ، والعلة أنه لعدم استمساكه اعتبر كالحمل إتقانى ، وعليه فالكبير العاجز مثله فليراجع (قوله كحمله شيئا آخر) أى فإنه يضمن بقدر الزيادة إذا لم يركب على موضع الحمل (قوله وليس المراد الخ) جواب عما يقال قدر الزيادة المحمولة لا تعرف إلا بعد وزنها ووزن الرجل ، فيخالف ما مر من أن الآدمى غير موزون (قوله لما مر) أى من كونهما فى مكان واحد (قوله وكذا لو لبس ثيابا كثيرة) أى يضمن الكل لو لبس أكثر مما كان عليه وقت الاستئجار وكان مما لا يلبسه الناس عادة كذا يفهم من المجتبى (قوله لركوبه بنفسه) أشار به مع ما بعده إلى ما قاله فى البحر :

لايقال : كيف اجتمع الأجر والضمان ؛ لأنا نقول : إن الضمان لركوب غيره والأجر لركوبه بنفسه وسيأتى إيضاحه (قوله لركوب غيره) أى لو ممن يستمسك وإلا فقد تقدم التصريح بأنه يضمن بقدر ثقله لا النصف فافهم (قوله ثم إن ضمن الراكب) أراد بالراكب المستأجر (قوله لا يرجع) أى على الرديف لأنه ملكها بالضمان فصار الرديف راكبا دابته بإذنه فلارجوع عليه سواء كان الرديف مستأجرا منه أومستعيرا رحتى (قوله رجع) أى على الراكب لأنه غره فى ضمن عقد المعاوضة ، بخلاف ما لو كان مستعيرا فلا رجوع له ، لأنه لم يضمن له السلامة حيث لم يكن بينهما عقد رحتى (قوله وإلا لا) أى وإلا يكن الرديف مستأجرا من المردف بل كان مستعيرا (قوله لأنها لو سلمت) أى فى جميع الصور ط (قوله عن الغاية) أى غاية البيان . ونصها : هذا إذا أردفه حتى صار الأجنبى كالتابع له ، فأما إذا أقعده فى السرج صار غاصبا ولم يجب عليه شىء من الأجر لأنه رفع يده عن الدابة وأوقعها فى يد متعدية فصار ضامنا والأجر لا يجامع الضمان اه وعزاه إلى شرح الكافى للإسبيجابى (قوله لكن فى السراج الخ) فإنه قال قوله تأردف رجلا معه خرج مخرج العادة ، لأن العادة أن المستأجر يكون أصلا ولايكون رديفا ، إذا المستأجر لوجعل نفسه رديفا وغيره أصلا فحكمه كذلك اه أى فيجب عليه أيضا النصف لو تطيق مع لزوم الأجر كما مر عن البدائع ، ولولا تطيق فالكل ، وحيث جعله فى الغاية مقابلا للأول وصرح بأنه لم يجب عليه شىء من الأجر فهو صريح فى المخالفة خلافا لمن وهم (قوله فليتأمل عند الفتوى) إشارة إلى إشكاله ، فلا ينبغى الإقدام على الإفتاء به قبل ظهور وجهه (قوله كيف وفى الأشباه الخ) استبعاد لما فى السراج وبيان لوجه التوقف عند الفتوى فإنه مخالف للقاعدة المذكورة (قوله لا يجتمعان) أى وهنا لما صار غاصبا وضمن ملكه مستندا فإذا ألزمناه الأجر بارتدافه لزم اجتماعهما اوجوب الأجر فيما ملكه . والفرق بينه وبين ما لو أردف غيره أنه هنا لما أخرجها من يده صار غاصبا ، كما لو استأجرها ليركب بنفسه فأركب غيره

(وإذا استأجرها ليحمل عليها مقدارا فحمل عليها أكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل) وهذا إذا حملها المستأجر (فإن حملها صاحبها) بيده (وحده فلا ضمان على المستأجر) لأنه هو المباشر عمادية (وإن حملا) الحمل (معا) ووضعاه عليها (وجب النصف على المستأجر) بفعله وهدر فعل ربها مجتبى .

(ولو) كان البر مثلا فى جولقين ف (حمل كل واحد) منهما (جولقا) أى وعاء كعدل مثلا (وحده) ووضعاه عليها معا أو متعاقبا (لا ضمان على المستأجر) ويجعل حمل المستأجر ما كان مستحقا بالعقد غاية ، ومفاده أنه لا ضمان على المستأجر سواء تقدم أو تأخر وهو الوجه ، ومن ثم عوّلنا عليه على خلاف ما فى الخلاصة ، كذا فى شرح المصنف .

قلت : وما فى الخلاصة هو ما يوجد فى بعض نسخ المتن من قوله (وكذا لا ضمان لو حمل المستأجر أولا ثم رب الدابة ، وإن حملها ربها أولا ثم المستأجر ضمن نصف القيمة) انتهى فتنبه (وهذا) أى ما مر من الحكم (إذا كانت الدابة) المستأجرة (تطيق مثله ، أما إذا كانت لا تطيق فجميع القيمة لازم) على المستأجر زيلعى

يجب كل القيمة كما مر ، فإذا ارتدف خلفه صار تابعا ولا يمكن وجوب الأجر بارتدافه لما قلنا . أما لو ركب فى السرج فقد أتى بما هو مأذون فيه ، فإذا أردف غيره فقد خالف فيما شغله بغيره ، ولا يملك شيئا بالضمان فيما شغله بركوب نفسه وجميع المسمى بمقابلة ذلك ، وإنما يضمن ما شغله بركوب الغير ولا أجر بمقابلة ذلك ليسقط عنه ، وإذا راجعت النهاية اتضح لك ما قررناه فافهم (قوله أكثر منه) أشار إلى أنه من جنس المسمى كما يأتى مع ذكر محترزه (قوله ضمن ما زاد الثقل) أشار إلى أن الضمان فى مقابلة الزائد والأجر فى مقابلة الحمل المسمى فلم يجتمعا كما مر لظيره ، أفاده فى البحر ، وسيشير إليه بعد أيضا (قوله عمادية) وعبارتها كما فى البحر : استكرى إبلا على أن يحمل كل بعير مائة رطل فحمل مائة وخمسين إلى ذلك المحل ثم أتى الجمال بإبله وأخبره المستكرى أنه ليس كل حمل إلا مائة رطل فحمل الجمال إلى ذلك الموضع وقد عطب بعض الإبل لا ضمان على المستكرى . لأن صاحب الجمل هو الذى حمل فيقال له كان ينبغى لك أن تزن أوّلا اه (قوله وجب النصف) أى وجب عليه من قيمة الدابة ما يقابل النصف من الزيادة ، ثم ما فى المتن نقله فى المنح عن المحيط ونقل بعده عن الخلاصة أنه يضمن ربع القيمة ، ومثله فى التاترخانية عن الذخيرة والشرنبلالية عن تتمة الفتاوى .

فالصواب أن المراد الربع إذا كانت الزيادة مساوية للمشروط ، لما فى البزازية : استأجره ليحمل عشرة مخاتيم فجعل عشرين وحملا معا ضمن ربع القيمة ، لأن النصف مأذون والنصف لا فيتنصف هذا النصف (قوله فى جولقين) الجوالق بكسر الجيم واللام وبضم الجيم وفتح اللام وكسرها : وعاء معروف جمعه جوالق كصحائف وجواليق وجوالقات قاموس ، فحقه أن يرسم بعد الواو ألف فى مثناه ومفرده أيضا ، وهو خلاف ما رأيته فى النسخ (قوله أو متعاقبا) لم يذكره فى المنح ، ولم أره فى عبارة غاية البيان (قوله ومفاده الخ) إنما يكون مفاده ذلك لو عبر فى الغاية بقوله أو متعاقبا ، وإنما عبر بقوله ووضعاه على الدابة جميعا وعزاه إلى تتمة الفتاوى ، وهكذا عبر فى التاترخانية عن الذخيرة ، وهكذا عبر فى الخلاصة ، وزاد بعده : وكذا لو حمل المستأجر أولا الخ فما فى الغاية لا يخالف ما فى الخلاصة بل زاد فى الخلاصة مسألة أخرى لم تفهم من كلام الغاية وهى ما ذكره الماتن من التفصيل ، ولو فرض أن قوله أو متعاقبا موجود فى عبارة الغاية فهو مفهوم ، وما فى الخلاصة منطوق صريح فكيف يعدل عنه ، وقد قالوا إن صاحب الخلاصة من أجل من يعتمد عليه فيجب المصير إلى ما قاله اتباعا للنقل ، والله تعالى أعلم (قوله فتنبه) أقول : تنبيه لما قدمته لك فهو أظهر (قوله أى ما مر من الحكم) وهو ضمان

(ويجب عليه كل الأجر) للحمل ، والضمان للزيادة غاية ، وأفاد بالزيادة أنها من جنس المسمى ، فلو من غيره ضمن الكل ، كما لو حمل المسمى وحده ثم حمل عليها الزيادة وحدها بحر : قال : ولم يتعرضوا للأجر إذا سلمت لظهور وجوب المسمى فقط وإن حمله المستأجر ، لأن منافع الغصب لا تضمن عندنا ، ومنه علم حكم المكارى فى طريق مكة :

(وضمن بضربها وكبحها) بلجامها لتقييد الإذن بالسلامة ، حتى لو هلك الصغير بضرب الأب أو الوصى للتأديب ضمن لوقوعه بزجر وتعريك : وقالا : لا يضمنان بالمتعارف : وفى الغاية عن التتمة : الأصح رجوع الإمام لقولهما (لا) يضمن (بسوقها) اتفاقا : وظاهر الهداية أن للمستأجر الضرب للإذن العرفى ،

ما زاد الثقل فى المسألة الأولى ط (قوله الأجر للحمل الخ) جواب عن اجتماعهما كما قدمناه آنفا (قوله وأفاد الخ) لأن الزيادة من جنس المزيد عليه ط (قوله ثم حمل عليها الزيادة وحدها) قيده فى التاترخانية بما لو حملها على مكان المسمى ، فلو فى مكان آخر ضمن قدر الزيادة ومثله فى جامع الفصولين . وفيه أيضا : بخلاف ما لو استأجر ثورا ليطحن به عشرة مخاتيم فطحن أحد عشر أو ليكرب به جريبا فكرب جريبا ونصفا . فهلك ضمن كل القيمة إذ الطحن يكون شيئا فشيئا فلما طحن عشرة انتهى العقد ، فهو فى الزيادة مخالف من كل وجه فضمن كلها ، والحمل يكون دفعة وبعضه مأذون فيه فلا يضمن بقدره اهـ (قوله قال ولم يتعرضوا الخ) أقول : صرح به فى البدائع كما قدمناه (قوله ومنه علم الخ) أى علم أنه إن زاد شيئا وسلمت أنه يجب المسمى فقط وإن كان لا يحل له الزيادة إلا برضا المكارى ، ولهذا قالوا : ينبغى أن يرى المكارى جميع ما يحمله بحر ، ولهذا روى عن بعضهم أنه دفع إليه صديق له كتابا ليوصله فقال حتى أستأذن من الجمال اهـ ، وهذا لو عين قدرا ، وسيذكر المصنف فى المتفرقات أنه يصح استئجار جمل ليحمل عليه محملا وراكبين إلى مكة ، وله الحمل المعتاد ورؤيته أحب :

[فرع] فى المنح عن الخانية : ليس لرب الدابة وضع متاعه مع حمل المستأجر ، فإن وضع وبلغت المقصد لا ينقص شىء من الأجر ، بخلاف شغل المالك بعض الدار فإنه ينقص بحسابه اهـ ملخصا (قوله وكبحها) بالباء الموحدة والحاء المهملة . فى المغرب : كبح الدابة باللجام : إذا ردها ، وهو أن يجذبها إلى نفسه لتقف ولا تجرى كذا فى المنح ح (قوله لتقييد الإذن بالسلامة) لأن السوق يتحقق بدون الضرب وإنما تضرب للمبالغة (قوله ضمن) أى الدية وعليه الكفارة ، بخلاف ضرب القاضى الحد والتعزير ، لأن الضمان لا يجب بالواجب ط عن الحموى (قوله لوقوعه) أى إنما يضمن لأن التأديب يمكن وقوعه بزجر وتعريك بدون ضرب ح : والتعريك : فرك الأذن (قوله وقالا لا يضمنان بالمتعارف) أى الأب والوصى لا يضمنان بالضرب المتعارف لأنه لإصلاح الصغير فكان كضرب المعلم بل أولى ، لأنه يستفيد ولاية الضرب منهما ، والخلاف جار فى ضرب الدابة وكبحها أيضا لاستفادته بمطلق العقد ، وهذا بخلاف ضرب العبد المستأجر للخدمة حيث يضمن بالإجماع . والفرق لهما أنه يؤمر وينهى لفهمه فلا ضرورة إلى ضربه ، وأطلق فى ضرب الدابة وكبحها ، وهو محمول على ما إذا كان بغير إذن صاحبها ، فلو بإذنه وأصاب الموضع المعتاد لا يضمن بالإجماع كما فى التاترخانية (قوله وفى الغاية عن التتمة الخ) ظاهره أن رجوعه فى مسألة الصغير دون الدابة ، وينبغى أن يكون كذلك ، لأن مسألة الدابة جرى عليها أصحاب المتون ، فلو ثبت رجوع الإمام فيها لما مشوا على خلافه ، لأن ما رجع عنه المجتهد لم يكن مذهبا له ، على أن المصنف مشى فى كتاب الجنايات على قول الإمام فى مسألة الصغير ، وعبر عن رجوعه بقيل وسيأتى بيانه هناك إن شاء الله تعالى (قوله لا بسوقها) أى المعتاد لما فى التاترخانية : إذا عنف فى السير ضمن إجماعا (قوله وظاهر الهداية الخ) كذا قاله فى البحر ، ولعله أخذه من تعليله الضمان عند الإمام بتقييد الإذن بالسلامة ، فيفيد

وأما ضربه دابة لنفسه فقال فى القنية عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى : لايضربها أصلا ، ويخاصم فيما زاد على التأديب (و) ضمن (بنزع السرج و) وضع (الإيكاف) سواء وكف بمثله أولا (وبالإسراج بما لايسرج) هذا الحمار (بمثله جميع قيمته) ولو بمثله أو أسرجها

أن الضرب مأذون فيه بشرط السلامة . وفى معراج الدراية : وقد صح « أن النبى صلى الله عليه وسلم نخس بعير جابر وضربه » وكان أبو بكر ينخس بعيره بمحجنه ، ثم قال : وفعل النبى صلى الله عليه وسلم يدل على إباحته ، ولاينفى الضمان لأنه مقيد بشرط السلامة اهـ . فالحاصل إباحة الضرب المعتاد للتأديب للمالك وغيره ولو غير مستأجر تأمل (قوله وأما ضربه دابة نفسه الخ) قال فى القنية : وعند أبى حنيفة لايضربها أصلا وإن كانت ملكه ، وكذا حكم كل ما يستعمل من الحيوانات . ثم قال : لا يخاصم ضارب الحيوان فيما يحتاج إليه للتأديب ويخاصم فيما زاد عليه ، كذا فى البحر .

أقول : الظاهر أن المراد بقول الإمام لا يضربها أصلا . أى لا ينبغى له ذلك ولو للتأديب وإن كان ضرب التأديب المعتاد مباحا ، فلا ينافى ما قدمناه ، ويدل عليه قوله لا يخاصم فيما يحتاج إليه للتأديب . ونقل ط عن شرح الكنز للحموى قالوا : يخاصم ضارب الحيوان بلا وجه لأنه إنكار حال مباشرة المنكر ، ويملكه كل أحد ، ولا يخاصم الضارب بوجه إلا إذا ضرب الوجه فإنه يمنع ولو بوجه . وهذا معنى قول محمد فى المبسوط : يطالب ضارب الحيوان لا بوجهه إلا بوجهه (قوله وبنزع السرج والإيكاف) أفاد الحموى والشلبى أن مجرد نزع السرج موجب للضمان . وفى الجوهرة : استأجرها ليركبها بسرج لم يركبها عريانا ، ولا يحمل متاعا ، ولا يستلقى ، ولا يتكئ على ظهرها ، بل يركب على العرف والعادة ط ملخصا . بقى لو استأجره عريانا فأسرجه ففى كافى الحاكم يضمن . وقال الإسبيجابى فى شرحه : هذا لو حمارا لايسرج مثله عادة ، فلو كان يسرج لايضمن وقال القدورى : فصل أصحابنا وقالوا إن ليركبه خارج المصر لايضمن ، وكذا لو فيه وهو من ذوى الهيئات وإلا ضمن ، وهل يضمن كل القيمة أو بقدر ما زاد ؟ صحح قاضيخان فى شرح الجامع الأول .

قلت : وينبغى كون الأصح الثانى لأنه كالحمل الزائد على الركوب غاية البيان ملخصا .

أقول : وفيه نظر ، لما مر أنه لو ركب موضع الحمل ضمن الكل ، وقد نقله الإتقانى نفسه فتدبر . وفى البحر أن ما فى الكافى هو المذهب لأنه ظاهر الرواية كما لا يخفى اهـ (قوله ووضع الإيكاف) لا معنى لتقدير هذا المضاف ، فإن معنى الإيكاف وضع الإكاف ح . أى فقد اشتبه عليه الإيكاف مصدرا بالإكاف الذى هو اسم لما يوضع على ظهر الدابة ، ويمكن الجواب بأن الإضافة بيانية ، والداعى لتقديره المضاف إفادته أنه معطوف على نزع لا على السرج تأمل (قوله سواء وكف بمثله أولا) لأن الجنس مختلف ، لأن الإكاف للحمل والسرج للركوب ، وكذا ينبسط أحدهما على ظهر الدابة ما لا ينبسطه الآخر فصار نظير اختلاف الحنطة والحديد زيلعى (قوله وبالإسراج) معطوف على الإيكاف ، والأولى حذف الباء الجارة وعطفه بأو كما فى الكنز لئلا يوهم العطف على نزع : قال ابن الكمال : أى إن نزع السرج وأسرجه بسرج آخر ، فإن كان هذا السرج مما لايسرج هذا الحمار بمثله يضمن (قوله جميع قيمته) أى عند الإمام فى رواية الجامع الصغير وقدر ما زاد فى رواية الأصل وهو قولهما ، هذا إذا كان الحمار يوكف بمثله ، وإن كان لايوكف أصلا أو لايوكف بمثله ضمن كل القيمة عندهم كذا فى الحقائق ابن كمال ، ونقل الشرنبلالى أن الفتوى على قولهما .

قال الزيلعى : وتكلموا على معنى قولهما أنه يضمن بحسابه ، وهو إحدى الروايتين عن أبى حنيفة ، فمنهم من قال إنه مقدر بالمساحة ، حتى إذا كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والإكاف قدر أربعة أشبار

مكان الإيكاف لا يضمن إلا إذا زاد وزنا فيضمن بحسابه ابن كمال .

(كما) يضمن (لو استأجرها بغير لجام فألجمها بلجام لا يلجم مثله) وكذا لو أبدله لأن الحمار لا يختلف باللجام وغيره غاية (أو سلك طريقا غير ما عينه المالك تفاوتا) بعدا أو وعرا أو مخوفا بحيث لا يسلكه الناس ابن كمال (أو حمله فى البحر إذا قيد بالبر مطلقا) سلكه الناس أولا لخطر البحر ؛ فلو لم يقيد بالبر لا ضمان (وإن بلغ) المنزل (فله الأجر) لحصول المقصود .

(وضمن بزرع رطبة وأمر بالبر) ما نقص من الأرض ، لأن الرطبة أضر من البر (ولا أجر) لأنه غاصب إلا فيما استثنى كما سيجيء ، قيد بزرع الأضر لأنه بالأقل ضررا لا يضمن ويجب الأجر (و) ضمن (بخياطة قباء) و (أمر بقميص قيمة ثوبه ، وله) أى لصاحب الثوب (أخذ القباء ودفع أجر مثله) لا يجاوز المسمى كما هو حكم الإجارة الفاسدة (وكذا إذا خاطه سراويل) وقد أمر بالقباء ، فإن الحكم كذلك

فيضمن بحسابه ، وقيل يعتبر بالوزن (قوله مكان الإيكاف) أى بدله (قوله وكذا لو أبدله) تشبيه بحكم مفهوم المتن بقرينة التعليل ، والشارح تبع البحر والمنح . والذى فى غاية البيان هكذا : وقال الكرخى : إن لم يكن عليه لجام فألجمه فلا ضمان عليه إذا كان مثله يلجم بذلك اللجام ، وكذلك إن أبدله وذلك لأن الحمار لا يختلف باللجام وغيره ولا يتلف به فلم يضمن بإلجامه اهـ (قوله غير ما عينه المالك) أى مالك الطعام كما فى الهداية وكذا مالك الدابة كما فى الغاية ، فلو لم يعين لا ضمان بحر (قوله بحيث لا يسلكه الناس) وأما إذا كان بحيث يسلك فظاهر الكتاب أنه إن كان بينهما تفاوت ضمن وإلا فلا بحر ، ونقله الزيلعى عن الكافى والهداية معللا بأنه عند عدم التفاوت لا يصح التعيين لعدم الفائدة (قوله أو حمله فى البحر) أى حمل المتاع (قوله وإن بلغ المنزل) السماع فى بلغ بالتشديد : أى وإن بلغ الجمال المتاع إلى ذلك الموضع المشروط ، ويجوز التخفيف على إسناد الفعل إلى المتاع : أى إن بلغ المتاع إلى ذلك الموضع إتقانى (قوله فله الأجر) أى المسمى (قوله لحصول المقصود) لأن جنس الطريق واحد ، فلا يظهر حكم الخلاف إلا بظهور أثر التفاوت وهو الهلاك ، فإذا سلم بقى التفاوت صورة لا معنى فوجب المسمى إتقانى (قوله بزرع رطبة) كالقثاء والبطيخ والباذنجان وما جرى مجراه ط عن السمرقندى (قوله وأمر بالبر) الواو للحال (قوله لأن الرطبة أضر من البر) لانتشار عروقها وكثرة الحاجة إلى سقيها فكان خلافا إلى شر مع اختلاف الجنس فيجب عليه جميع النقصان ، بخلاف ما لو أردف غيره أو زاد على المحمول المسمى حيث يضمن بحسابه لتلفها بمأذون فيه وغيره ؛ فيضمن بقدر ما تعدى لاتحاد الجنس زيلعى ملخصا (قوله ولا أجر) أقول : ينبغى أن يرجع لجميع المسائل التى قيد فيها ، والتقييد مفيد إذا خالف طورى (قوله لأنه غاصب) أى لما خالف صار غاصبا واستوفى المنفعة بالغصب ، ولا تجب الأجرة به زيلعى (قوله إلا فيما استثنى) قال فى المنح قلت : ما ذكر هنا من عدم وجوب الأجر ووجوب ما نقص من الأرض مذهب المتقدمين من المشايخ . وأما مذهب المتأخرين فيجب أجر المثل على الغاصب لأرض الوقف واليتيم والمعد للاستغلال كالخان ونحوه (قوله وبخياطة قباء) القميص إذا قد من قبل كان قباء طاق فإذا خيط جانباه كان قميصا ، وهو المراد بالقرطق زيلعى ملخصا . وذكر الإتقانى أن السماع فى القرطق فى الهداية بفتح الطاء ، وفى مقدمة الأدب سماعا عن الثقات بالضم ، ولها وجه (قوله وله أخذ القباء) أى فى ظاهر الرواية لأنه يشبه القميص من وجه ، فإن الأتراك يستعملونه استعمال القميص . وروى الحسن أنه ليس له أخذه بل يترك الثوب ويضمنه قيمته (قوله ودفع أجر مثله) لأنه غير عليه العمل فيخير عليه الأجر ، كما لو اشترط على الحائك رقيقا فجاء صفيقا أو بالعكس إتقانى ، وسيأتى آخر الباب الآتى ما إذا اختلفا فى المأمور به (قوله فإن الحكم كذلك) وهو التخيير لاتحاد أصل

(فى الأصح) فتقييد الدرر بالقباء اتفاقى (و) ضمن (بصبغه أصفر وقد أمر بأحمر قيمة ثوب أبيض ، وإن شاء) المالك (أخذه وأعطاه مازاد الصبغ فيه ولا أجر له ، ولو صبغ رديئا إن لم يكن الصبغ فاحشا لايضمن) الصباغ (وإن) كان (فاحشا) عند أهل فنه (يضمن) قيمة ثوب أبيض خلاصة :

[فروع] قال للخياط : اقطع طوله وعرضه وكمه كذا فجاء ناقصا ، إن قدر أصبع ونحوه عفو ، وإن كثر ضمنه :

قال : إن كفانى قميصا فاقطعه بدرهم وخطه فقطعه ثم قال لايكفيك ضمنه ، ولو قال أيكفينى قميصا ؟ فقال نعم فقال اقطعه فقطعه ثم قال لا يكفيك لا يضمن :

نزل الجمال فى مفازة ولم يرتحل حتى فسد المال بسرقة أو مطر ضمن لو السرقة والمطر غالبا خلاصة :

وفى الأشباه : استعان برجل فى السوق ليبيع متاعه فطلب منه أجرا فالعبرة لعادتهم ، وكذا لو أدخل رجلا فى حانوته ليعمل له :

وفى الدرر : دفع غلامه أو ابنه لحائك مدة كذا ليعلمه النسج وشرط عليه كل شهر كذا جاز ، ولو لم يشترط فبعد التعليم طلب كل من المعلم والمولى أجرا من الآخر اعتبر عرف البلدة فى ذلك العمل :

وفيها استأجر دابة إلى موضع فجاوزبها إلى آخر ثم عاد إلى الأول فعطبت ضمن مطلقا فى الأصح كما فى العارية وهو قولهما وإليه رجع الإمام كما فى مجمع الفتاوى :

وفيه : خوّر المكارى فرجع وأعاد الحمل لمحله الأول لا أجر له ،

المنفعة من الستر ودفع الحر والبرد ، ولوجود الموافقة فى نفس الخياطة زيلعى (قوله فى الأصح) وقيل يضمن بلا خيار للتفاوت فى المنفعة والهيئة (قوله فتقييد الدرر) أى بقوله وبخياطة قباء ، ومثله فى عامة المتون اتباعا للفظ محمد فى الجامع الصغير ، لكن زاد بعده فى الهداية والملتقى قوله وكذا إذا خاطه سراويل ، فأفاد أن القيد اتفاقى (قوله قيمة ثوب أبيض) أى إن كان دفعه مالكه كذلك (قوله لا يضمن) أى وله الأجر المسمى فيما يظهر ط :

قلت : يدل عليه ظاهر قوله الآتى إن قدر أصبع ونحوها عفو، لكن فى البزازية عن المحيط :أمره بزعفران ويشبع الصبغ ولم يشبع ضمنه قيمة ثوبه أو أخذه وأعطاه أجر المثل لايزاد على المسمى تأمل (قوله عند أهل فنه) أى صنعته (قوله كذا) راجع للثلاثة قبله (قوله عفو) أى وله الأجر كما فى البزازية لقلة التفاوت ، ولعسر الاحتراز عنه ، والأولى فهو عفو (قوله ضمنه) لأنه مما يخل بالمقصود فيعد إتلافا ط (قوله لايضمن) لأنه قطعه بإذنه، وفى الأول أذن بقطعه بشرط الكفاية ، وكذا لو قال الخياط نعم فقال المالك فاقطعه أو اقطعه إذن ضمن إذ علق الإذن بشرط فصولين. وفيه : دفع إليه ثوبا ليخيطه فخاطه قميصا فاسداً وعلم به ربه ولبسه ليس له أن يضمنه إذ لبسه رضا ، وعلم منه مسائل كثيرة اه (قوله فالعبرة لعادتهم) أى لعادة أهل السوق ، فإن كانوا يعملون بأجر يجب أجر المثل وإلا فلا (قوله اعتبر عرف البلدة الخ) فإن كان العرف يشهد للأستاذ يحكم بأجر مثل تعليم ذلك العمل ، وإن شهد للمولى فأجر مثل الغلام على الأستاذ درر (قوله مطلقا فى الأصح) أى استأجرها ذاهبا فقط أو ذاهبا وجائيا ، وقيل هذا إذا استأجرها ذاهبا فقط لانتهاء العقد بالوصول (قوله كما فى العارية) بخلاف المودع لأنه مأمور بالحفظ قصدا فيبقى الأمر بعد العود للوفاق ، وفى الإجارة والإعارة مأمور به تبعا للاستعمال ، فإذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائبا هداية (قوله لاأجر له) لنقضه العمل ، وظاهره أنه لاأجر له بقدر ماسأل أيضا يدل عليه مامر عند قوله استأجره لإيصال قط أو زاد فراجعه :

وينبغى أن يجبر على الإعادة :

وفيه : دفع إبريسما إلى صباغ ليصبغه بكذا ثم قال لا تصبغه ورده علىّ فلم يرده ثم هلك لاضمان :

وفيه : سئل ظهير الدين عمن استأجر رجلا ليعمر له فى الضيعة فلما خرج نزل المطر فامتنع بسببه هل له الأجر؟ قال لا :

استأجر دابة ليحملها كذا فرضت فحملها دونه هل للمستكرى الرجوع بحصته ؟ قال لا ، لأنه رضى بذلك :

استأجر رحى فمنعه الجيران عن الطحن لتوهين البناء وحكم القاضى بمنعه هل تسقط حصته مدة المنع ؟ قال لا ما لم يمنع حسا من الطحن :

استأجر حماما سنة فغرق مدة هل يجب كل الأجر ؟ قال إنما يجب بقدر ما كان منتفعا به . وفى الوهبانية :

ويسقط فى وقت العمارة مثل ما لو انهدم بعض الدار فالهدم يحزر
وخالف فى قدر العمارة آمر يقدم فيهـا قوله لا المعمر

مطلب خوفوه من اللصوص ولم يرجع

بقى لو خوّفوه ولم يرجع هل يضمن قال فى البزازية : استأجرها إلى موضع وأخبر بلصوص فى الطريق فسلكه مع ذلك ولم يلتفت فأخذوها إن سلكه الناس مع سماع ذلك الخبر لايضمن وإلا ضمن اهـ (قوله وينبغى أن يجبر على الإعادة) لبقاء العقد يدل عليه ماتقدم من أن الخياط لو فتق الثوب يجبر على الإعادة ، ولو فتقه غيره لا ، ومثله مافى الطورى عن المحيط : رد السفينة إنسان لاأجر للملاح ، وليس عليه أن يعيدها ، وإن ردها الملاح لزمه الرد (قوله لاضمان) لأنه لايتمكن من فسخ الإجارة وحده بلا رضا صاحبه إلا بعذر فبقى حكم العقد بعد النهى ، ومن حكمه كون العين أمانة عند الأجير فلا يضمن بلا تقصير ، وتمامه فى جامع الفصولين (قوله قال لا) سيأتى أن أجير الواحد يستحق الأجر وإن لم يعمل ، لكن فى البزازية يستحق الأجر بلا عمل ، لكن لو لم يعمل لعذر كمطر وغيره لايلزم الأجر سائحانى (قوله فحملها دونه) فلو عجزت عن المضى فتركها وضاعت أفتى القاضى بعدم الضمان بزازية (قوله مالم يمنع حسا من الطحن) المراد والله تعالى أعلم أن يحال بينه وبين الدوارة فلا يقدر عليها ط (قوله فغرق مدة) أى وصار بحيث لاينتفع به انتفاع مثله بزازية (قوله ويسقط) أى يسقط جميع الأجر عن المستأجر مدة العمارة إن انهدم جميع الدار ح (قوله مثل ما) بالنصب صفة مصدر محذوف : أى سقوطا مماثلا لسقوطه : أى الأجر لو انهدم بعض الدار (قوله فالهدم يحزر) بتقديم الزاى على الراء : أى يعلم قدر أجر المنهدم بالحزر والتخمين ويسقط ، ومثله فى البزازية ، لكن قال ابن الشحنة : ظاهر الرواية أنه لايسقط من الأجر شىء بانهدام بيت منها أو حائط ، بخلاف ما إذا شغل المؤجر بيتا منها لأنه بفعله فيسقط بحسابه اهـ ملخصا ونقل نحوه السائحانى عن المقدسى . وذكر فى البزازية : وإذا سقط حائط من الدار ، فإن كان لايضر بالسكنى ليس له أن يفسخ ، وإن ضر له الفسخ ، وإذا لم يفسخ يلزمه المسمى (قوله وخالف) فعل ماض وآمر فاعله والمفعول محذوف : أى خالف المستأجر : وصورتها : أمره رب الدار بالبناء ليحسبه من الأجر فاتفقا على البناء واختلفا فى مقدار النفقة فالقول لرب الدار بيمينه لأنه ينكر الزيادة . قالوا : هذا إذا أشكل الحال بأن اختلف فيه أهل تلك الصناعة ، أما إذا اجتمعوا على قول أحدهما وقالوا يذهب من النفقة فى مثل هذا البناء مايقوله أحدهما فالقول قوله ولا يلتفت إلى قولهما ذخيرة ملخصا ، ومثله فى التاترخانية والبزازية ، وأفتى به الرملى . والحيلة فى تصديقه أن يعجل من الأجرة قدرا ويقبضه المؤجر ثم يأمره بإنفاقه فيكون القول له لأنه أمين كما نظمه فى المحبية (قوله فى قدر العمارة)

قلت : ومفاده رجوع المستأجر بما ثبت على المؤجر بمجرد الأمر ، يعنى إلا فى تنور وبالوعة فلابد من شرط الرجوع عليه ، ولو خربت الدار سقط كل الأجر ، ولا تنفسخ به ما لم يفسخها المستأجر بحضرة المؤجر هو الأصح ، وإذا بنيت لا خيار له ، وفى سكنى عرصتها لا يجب الأجر قاله ابن الشحنة .

قلت : وفى نفيه نظر ، ولعله أريد المسمى ، أما أجرة المثل أو حصة العرصة فلا مانع من لزومها فتأمله ، وسيجىء فى فسخها ما يفيده فتنبه ، والله تعالى أعلم .

استأجر حماما وشرط حط أجرة شهرين للعطلة ، فإن شرط حطه قدر العطلة صح بزازية .

أى قدر نفقتها (قوله قلت) البحث للشرنبلالى ح (قوله ومفاده) أى مفاد إطلاق النظم الآمر عن التقييد بالرجوع فافهم (قوله بمجرد الأمر) أى وإن لم يقل على أن ترجع بذلك علىّ وهو الصحيح خانية ، ونقله ابن الشحنة عن القنية (قوله إلا فى تنور وبالوعة الخ) لأن المقصود منهما نفع المستأجر (قوله ولو خربت الدار الخ) تكرار مع صدر البيت الأول مع مابيناه ح (قوله بحضرة المؤجر) تبع فيه الشرنبلالى : وقد قال فى شرحه على الملتقى ناقلا عبارة الصغرى مع توضيح أنه بانهدام جدار أو بيت من دار يفسخ بحضرته إجماعا وبانهدام كلها له الفسخ بغيبته ، ولا تنفسخ مالم يفسخ هو الصحيح لصلاحيتها لنصب الفسطاط ، لكن تسقط الأجرة فسخ أو لم يفسخ لعدم تمكنه مما قصده .

قلت : وهى صريحة فى الفرق بين إنهدام كلها وبعضها فيرجع إلى المخلّ وغير المخلّ ، ولا خيار فى غير المخل أصلا على مامر فتدبر اه ملخصا . وقد رد الشارح بذلك على القهستانى حيث أطلق عدم اشتراط حضرته وهنا أطلق اشتراطها ، ففيما نقله(١) رد على إطلاقه هنا أيضا ، وقد صرح بالتفصيل أيضا فى الخانية وغيرها . وفى القنية : انهدم بعضها والمؤجر غائب أو متمرض لايحضر مجلس القاضى ينصب عنه القاضى وكيلا فيفسخه ، وسيأتى فى باب الفسخ تمام الكلام عليه ، وعلى اشتراط القضاء أو الرضا (قوله وإذا بنيت لاخيار له) لزوال سببه قبل الفسخ ، والظاهر أنه فيما لو بناها كما كانت وإلا فله الفسخ ، وليحرر (قوله قاله ابن الشحنة) ووقع مثله فى الهندية عن محيط السرخسى ط (قوله قلت) البحث للشرنبلالى ح(٢) (قوله أما أجرة المثل) أى مثل العرصة ، وقوله أو حصة العرصة : أى من الأجر المسمى ط (قوله مايفيده) هو قوله : وفى التبيين لو انقطع ماء الرحا والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الأجرة بحصته لبقاء المعقود عليه فإذا استوفاه لزمه حصته اه ح .

قلت : سنذكر فى باب الفسخ مايفيد تقييده بما إذا كان منفعة السكنى مثلا معقودا عليها مع منفعة الطحن ، وبه يشعر قول التبيين لبقاء المعقود عليه ، وحينئذ فلا يتم الاستشهاد تأمل . وظاهر ماقدمناه عن شرح الملتقى من قوله لعدم تمكنه مما قصده يفيده أيضا ويفيد عدم لزوم أجر أصلا ، ولعل فى المسألة خلافا ، والله تعالى أعلم (قوله للعطلة) بالضم : اسم من تعطل بقى بلا عمل قاموس ويعنى أنها تفسد ؛ وكان الأولى أن يصرح به كما

---

(١) (قوله ففيما نقله الخ) قال شيخنا : لايخفى عليك أن مانقله فى شرح الملتقى مذيل بالصحيح وما هنا بالأصح ، فلعل فى المسألة قولين مشى فى الملتقى على صحيحهما وهنا على أصحهما خصوصا وقد تبع فيما هنا فقيه النفس الإمام الشرنبلالى فلا ينبغى الإقدام على توهيمهما بلا ثبت ، بل الذى ينبغى التوفيق ، وحيث أمكن يكون أمكن اه .

(٢) (قوله البحث للشرنبلالى) قال شيخنا : هو مخالف للمنقول فلا يعمل به ، وقول المحشى ولعل فى المسألة خلافاً لاوجه له بعد رد الاستشهاد بعبارة التبيين ، وإنما كان يصح الترجى لوكانت عبارة التبيين مفيدة لبحث الشرنبلالى ، فينبغى التعويل على ماقاله ابن الشحنة حيث كان منقولا فى محيط السرخسى حتى يوجد غيره اه .

أجرة السجن والسجان فى زماننا يجب أن تكون على رب الدين خزانة الفتاوى :

انقضت مدة الإجارة ورب الدار غائب فسكن المستأجر بعد ذلك سنة لا يلزمه الكراء لهذه السنة ، لأنه لم يسكنها على وجه الإجارة ، وكذلك لو انقضت المدة والمستأجر غائب والدار فى يد امرأته ؛ لأن المرأة لم تسكنها بأجرة :

آجر داره كل شهر بكذا فلكل الفسخ عند تمام الشهر ، فلو غاب المستأجر قبل تمام الشهر وترك زوجته ومتاعه فيها لم يكن للآجر الفسخ مع المرأة لأنها ليست بخصم ، والحيلة إجارتها لآخر قبل تمام الشهر ، فإذا تم تنفسخ الأولى فتنفذ الثانية فتخرج منها المرأة وتسلم للثانى خالية اه :

باب الإجارة الفاسدة

(الفاسد) من العقود (ما كان مشروعا بأصله دون وصفه ، والباطل ما ليس مشروعا أصلا) لا بأصله ولا بوصفه (وحكم الأول) وهو الفاسد (وجوب أجر المثل

فى البزازية لكنه يعلم من مقابله ، ووجه الفساد أن مقتضى العقد أن لاتلزم الأجرة مدة العطلة قلت أوكثرت كما فى الذخيرة ، فتقييد حط الشهرين مما لم يقتضه العقد ، بخلاف اشتراط حط قدرها ؛ وهذا نظير مالو شرى زيتا فى زق واشترط حط أرطال لأجل الزق فسد ، بخلاف حط مقدار الزق (قوله أجرة السجن) الظاهر أنه مفروض فيما لو كان مملوكا لأحد ؛ فلو مبنيا من بيت المال أو مسبلا فلا أجر تأمل (قوله فى زماننا) لعل وجهه عدم انتظام بيت المال ، فلو منتظما فالسجن وأجرة السجان منه تأمل (قوله على رب الدين) لأنه محبوس لأجله ولم يفرقوا بين كون المدين مماطلا أولا ط :

قلت : وذكر الشارح فى كتاب السرقة أجرة المحضر للخصوم فى بيت المال ، وقيل على المتمرد : وفى قضاء الخانية : هو الصحيح ، لكن فى قضاء البزازية : وقيل على المدعى وهو الأصح اه (قوله لايلزمه الكراء لهذه السنة الخ) سيأتى أواخر باب الفسخ عن الخانية : استأجر داراً أو حماماً شهرا فسكن شهرين يلزمه أجر الشهر الثانى إن معدا للاستغلال وإلا لا به يفتى ويأتى تمامه (قوله آجر داره الخ) سيذكر المصنف هذه المسألة متنا فى الباب الآتى (قوله فلكل الفسخ الخ) لأن الشهر الأول صحيح وما بعده فاسد ، أو لأن الأول منجز وما بعده مضاف وفى لزومه خلاف كما مر ويأتى ، ثم إن الفسخ إنما يكون بمحضر من صاحبه وإلا لايصح خلافا لأبى يوسف ، وقيل اتفاقا كما فى ط عن الهندية (قوله لأنها ليست بخصم) ولاشتراط حضوره كما مر (قوله فتنفذ الثانية) أى يظهر أثر عقدها وإلا فالعقد الأول صحيح ط ، والله أعلم :

باب الإجارة الفاسدة

تأخير الإجارة الفاسدة عن صحيحها لايحتاج إلى معذرة لوقوعها فى محلها منح (قوله من العقود) احتراز عن العبادات ، إذ لافرق بين فاسدها وباطلها (قوله دون وصفه) وهو ماعرض عليه من الجهالة أو اشتراط شرط لايقتضيه العقد حتى لو خلا عنه كان صحيحا ط (قوله والباطل) كأن استأجر بميتة أو دم أو استأجر طيباً ليشمه أو شاة لتتبعها غنمه أو فحلا لينزو أو رجلا لينحت له صنما ط (قوله ولا بوصفه) لأنه حيث بطل الأصل تبعه الوصف (قوله وجوب أجر المثل) أى أجر شخص مماثل له فى ذلك العمل ، والاعتبار فيه لزمان الاستئجار ومكانه من جنس الدراهم والدنانير لامن جنس المسمى لو كان غيرهما ، ولو اختلف أجر المثل بين الناس فالوسط والأجر يطيب وإن كان السبب حراما كما فى المنية قهستانى ، ونقل فى المنح أن شمس الأئمة الحلوانى قال تطيب الأجرة فى الأجرة الفاسدة إذا كان أجر المثل ، وذكر فى المسألة قولين وأحدهما أصح فراجع نسخة صحيحة :

بالاستعمال) لو المسمى معلوما ابن كمال (بخلاف الثاني) وهو الباطل فإنه لا أجر فيه بالاستعمال حقائق (ولا تملك المنافع بالإجارة الفاسدة بالقبض ، بخلاف البيع الفاسد) فإن المبيع يملك فيه بالقبض ، بخلاف فاسد الإجارة ، حتى لو قبضها المستأجر ليس له أن يؤجرها ، ولو آجرها وجب أجر المثل ولا يكون غاصبا ، وللأول نقض الثانية بحر معزيا للخلاصة . وفي الأشباه : المستأجر فاسد لو آجر صحيحا جاز وسيجيء (تفسد الإجارة بالشروط المخالفة لمقتضى العقد فكل ما أفسد البيع) مما مر (يفسدها) كجهالة مأجور أو أجرة

وفي غرر الأفكار عن المحيط : ما أخذته الزانية إن كان بعقد الإجارة فحلال عند أبي حنيفة لأن أجر المثل في الإجارة الفاسدة طيب وإن كان الكسب حراما وحرام عندهما وإن كان بغير عقد فحرام اتفاقا لأنها أخذته بغير حق اه (قوله بالاستعمال) أي بحقيقة استيفاء المنفعة فلا يجب بالتمكن منها كما مر ويأتي إلا في الوقف على ماهو ظاهر عبارة الإسعاف كما مر أول كتاب الإجارة (قوله لو المسمى معلوما) هذا إنما يصح لو زاد المصنف لايتجاوز به المسمى كما فعل ابن الكمال تبعا للهداية والكنز ، فكان على الشارح أن يقول إذا لم يكن مسمى أو لم يكن معلوما لأن وجوب أجر المثل بالغا ما بلغ على ما أطلقه المصنف إنما يجب في هذين الصورتين(١) أما لو علمت التسمية فلا يزاد على المسمى كما يأتي (قوله فإنه لاأجر فيه بالاستعمال) ظاهره ولو معدا للإستغلال ، لأنه إنما يجب الأجر فيه إذا لم يستعمله بتأويل عقد أو ملك كما سلف وهنا استعمله بتأويل عقد باطل ويحرر ط . وفيه أن الباطل لاحكم له أصلا فوجوده كالعدم كما في البدائع تأمل ، وينبغي وجوبه في الوقف ومال اليتيم لأن ماذكر من اشتراط عدم الاستعمال بتأويل إنما هو في المعد للاستغلال كما يأتي في الغصب . وفي البزازية : حيث قال والسكنى بتأويل ملك أو عقد في الوقف لايمنع لزوم أجر المثل ؛ وقيل دار اليتيم كالوقف . ثم ذكر : لو سكن في حوانيت مستغلة وادعى الملك لايلزم الأجر ، وإن برهن المالك عليه ثم قال المستأجر إذا سكن بعد فسخ الإجارة بتأويل ، إن له حق الحبس حتى يستوفي الأجر الذي أعطاه عليه الأجرة إذا كانت معدة للاستغلال في المختار ، وكذا في الوقف على المختار اه فتأمل . وقد صرحوا أنه لو اشترى داراً وسكنها ثم ظهر أنها وقف أو ليتيم لزم أجر المثل صيانة لمالهما كما مر في الوقف ، وهو المعتمد ويأتي في الغصب (قوله بخلاف فاسد الإجارة) لأن قبض المنفعة غير متصور إلا أنا أقمنا قبض العين مقام قبض المنفعة وذلك إنما يتأتى في العقد الصحيح ضرورة إتمامه (قوله حتى لو قبضها الخ) تفريع على عدم الملك في الفاسدة (قوله وجب أجر المثل) أي على المستأجر الأول لأنه يعدّ به مستعملا ، ولايكون بفعل ماليس له فعله غاصبا حتى لاتجب عليه الأجرة . وأما المستأجر الثاني إذا سمى بينهما أجر هل يجب المسمى نظرا للتسمية وهو الظاهر أو أجر المثل لترتبها على فاسد يحرر ط (قوله وللأول) أي للمؤجر الأول نقض الثانية أي ويأخذ الدار ، لأنه لو باع بيعاً فاسدا ثم المشتري آجره فله أن ينقض الإجارة فكذا هذا بخلاف البيع ، لأن الإجارة تفسخ بالأعذار والبيع لا ، كذا في المضمرات منح (قوله جاز) وفي النصاب هو الصحيح . وفي السراجية : وبه أفتى ظهير الدين المرغيناني تاترخانية ، ونقل ابن المصنف عن البزازية والعمادية والخلاصة مثله . قال الرملي : ومن طالع في كتبهم علم أن في المسألة اختلاف تصحيح وإفتاء اه .

أقول : لكن المعظم على الجواز كما ترى ، ولذا عبر المصنف عن مقابله بقيل فيما سيأتي . وقال في البزازية يجوز في الصحيح . وقيل لا استدلالا بما لو دفع إليه دارا ليسكنها ويرمها ولا أجر وآجر المستأجر من غيره وانهدمت من سكنى الثاني ضمن اتفاقا لأنه صار غاصبا . وأجابوا بأن العقد فيه إعارة لا إجارة لأنه ذكر المرمة على سبيل المشورة لا الشرط اه (قوله وسيجيء) أي متنا آخر المتفرقات (قوله فكل) تفريع على مقدر أي الإجارة نوع

---

(١) (قوله في هذين الصورتين) هكذا بخطه ، والأولى هاتين كما لايخفى اه مصححه .

أو مدة أو عمل ، وكشرط طعام عبد وعلف دابة ومرمة الدار أو مغارمها وعشر أو خراج أو مؤنة رد أشباه (و) تفسد أيضا (بالشيوع) بأن يؤجر نصيبا من داره أونصيبه من دار مشتركة من غير شريكه أو من أحد شريكيه أنفع الوسائل وعمادية من الفصل الثلاثين . واحترز بالأصلى عن الطارئ فلا يفسد على الظاهر ، كأن آجر الكل ثم فسخ فى البعض أو آجرا لواحد فمات أحدهما أو بالعكس وهو الحيلة فى إجارة المشاع ، كما لوقضى بجوازه (إلا إذا آجر) كل نصيبه أو بعضه (من شريكه)

من البيع إذ هى بيع المنافع (قوله أو مدة) إلا فيما استثنى . قال فى البزازية : إجارة السمسار والمنادى والحمامى والصكاك ومالا يقدر فيه الوقت ولا العمل تجوز لما كان للناس به حاجة ويطيب الأجر المأخوذ لو قدر أجر المثل وذكر أصلا يستخرج منه كثير من المسائل فراجعه فى نوع المتفرقات والأجرة على المعاصى (قوله وكشرط طعام عبد وعلف دابة) فى الظهيرية : استأجر عبدا أو دابة على أن يكون علفها على المستأجر ، ذكر فى الكتاب أنه لايجوز . وقال الفقيه أبو الليث : فى الدابة نأخذ بقول المتقدمين ، أما فى زماننا فالعبد يأكل من مال المستأجر عادة اهـ . قال الحموى : أى فيصح اشتراطه . واعترضه ط بقوله فرق بين الأكل من مال المستأجر بلا شرط ومنه بشرط اهـ .

أقول : المعروف كالمشروط ، وبه يشعر كلام الفقيه كما لايخفى على النبيه ، ثم ظاهر كلام الفقيه أنه لو تعورف فى الدابة ذلك يجوز تأمل . والحيلة أن يزيد فى الأجرة قدر العلف ثم يوكله ربها بصرفه إليها ، ولو خاف أن لايصدقه فيه فالحيلة أن يعجله إلى المالك ثم يدفعه إليه المالك ويأمره بالإنفاق فيصير أمينا بزازية ملخصا (قوله ومرمة الدار أو مغارمها) قال فى البحر : وفى الخلاصة معزيا إلى الأصل : لو استأجر دارا على أن يعمرها ويعطى نوائبها تفسد لأنه شرط مخالف لمقتضى العقد اهـ . فعلم بهذا أن مايقع فى زماننا من إجارة أرض الوقف بأجرة معلومة على أن المغارم وكلفة الكاشف على المستأجر أو على أن الجرف على المستأجر فاسد كما لايخفى اهـ .

أقول : وهو الواقع فى زماننا ، ولكن تارة يكتب فى الحجة بصريح الشرط فيقول الكاتب : على أن ماينوب المأجور من النوائب ونحوها كالدك وكرى الأنهار على المستأجر ، وتارة يقول وتوافقا على أن ماينوب الخ . والظاهر أن الكل مفسد لأنه معروف بينهم وإن لم يذكر ، والمعروف كالمشروط تأمل (قوله أو خراج) قيل هذا خراج المقاسمة لأنه مجهول ، أما خراج الوظيفة فجائز ، لكن الفتوى على أنه لايجوز مطلقا ح عن المنح ، وجعل الفساد فى حواشى الأشباه على قول الإمام لأن الخراج على المؤجر عنده ط . ووجه المفتى به أن خراج الوظيفة قد ينقص إذا لم تطق الأرض ذلك فيلزم الجهالة أيضا (قوله بالشيوع) أى فيما يحتمل القسمة أولا عنده وعليه الفتوى خانية (قوله بأن يؤجر نصيبا من داره) أى ويجب أجر المثل هو الصحيح . وقيل لاينعقد حتى لايجب الأجر أصلا جامع الفصولين (قوله أو نصيبه من دار مشتركة) فيه روايتان ، والأظهر أنه لايجوز نور العين عن الخانية (قوله على الظاهر) أى ظاهر الرواية عند أبى حنيفة ، ويفسدها فى رواية جامع الفصولين (قوله أو آجر الواحد الخ) أى تفسد فى حصة الميت وتبقى فى حصة الحى فى الصورتين كما فى جامع الفصولين . وفيه : ولو كله له فآجره من اثنين ، فإن أجمل وقال آجرت الدار منكما جاز وفاقا ، ولو فصل بقوله نصفه منك ونصفه منك أو نحوه كثلث أو ربع يجب أن يكون عند أبى حنيفة على خلاف مر فيما إذا كان بينهما وآجر أحدهما النصف من أجنبى اهـ ومر أن عدم الجواز الأظهر . وعن هـذا أفتى فى الحامدية : فى رجلين استأجرا معا سوية من زيد طاحونة بأن لفظ سوية بمنزلة التفصيل فتفسد (قوله وهو الحيلة الخ) الضمير راجع للطارئ : أى فى بعض صوره وهى الصورة الأولى أو للفسخ المفهوم من فسخ ، ومثله مالو حكم بها حاكم قال ط عن الهندية :

فيجوز ، وجوزاه بكل حال ، وعليه الفتوى زيلعى وبحر معزيا للمغنى ، لكن رده العلامة قاسم في تصحيحه بأن مافى المغنى شاذ مجهول القائل فلا يعول عليه .

قلت : وفى البدائع : لو آجر مشاعا يحتمل القسمة فقسمه وسلم جاز لزوال المانع ، ولو أبطلها الحاكم ثم قسم وسلم لم يجز ، ويفتى بجوازه لو البناء لرجل والعرصة لآخر فصولين من الفصل الحادى والعشرين يعنى الوسط منه (و) تفسد (بجهالة المسمى) كله أو بعضه كتسمية ثوب أو دابة أو مائة درهم على أن يرمها المستأجر لصيرورة المرمة من الأجرة فيصير الأجر مجهولا (و) تفسد (بعدم التسمية) أصلا أو بتسمية خمر أو خنزير (فإن فسدت بالأخيرين) بجهالة المسمى وعدم التسمية (وجب أجر المثل) يعنى الوسط منه ولا ينقص عن المسمى لا بالتمكين بل (باستيفاء المنفعة) حقيقة كما مر (بالغا ما بلغ) لعدم ما يرجع إليه ولا ينقص عن المسمى (وإلا) تفسد بهما بل بالشروط أو الشيوع مع العلم بالمسمى

والحكم كالقاضى إن تعذرت المرافعة (قوله فيجوز) أى فى أظهر الروايتين خانية (قوله وجوزاه بكل حال) أى سواء كان من شريكه أولا فيما يحتمل القسمة أولا ح لكن بشرط بيان نصيبه ، وإن لم يبين لايجوز فى الصحيح زيلعى (قوله فلا يعوّل عليه) بل المعوّل عليه مافى الخانية أن الفتوى على قول الإمام ، وبه جزم أصحاب المتون والشروح فكان هو المذهب ، أفاده المصنف وعليه العمل اليوم (قوله وفى البدائع الخ) تخريج على قول الإمام ط (قوله وسلم جاز) ظاهره ولو بعد المجلس ويدل عليه مابعد فإنه اعتبر الحكم ط (قوله لم يجز) ينبغى أن تجوز إجارة بالتعاطى إذ لامانع منه بعد فسخ الأولى رحمتى .

مطلب فى إجارة البناء

(قوله ويفتى بجوازه الخ) قال فى الدر المنتقى : وذكر القهستانى أن الفتوى على جواز إجارة البناء وحده ، وقيل لا لأنه كالمشاع .

قلت : لكن نص محمد أن من استأجر أرضا فبنى فيها بناء ثم آجرها من صاحبها استوجب من الأجر حصة البناء ، فلولا جواز إجارة البناء لما استحق الأجر وقاسه على الفسطاط ، وبه أفتى مشايخنا ، ولو كان البناء ملكا والعرصة وقفا وآجر المتولى بإذن مالك البناء فالأجر ينقسم على البناء والعرصة ، وجاز إجارة بنائه لمالك الأرض اتفاقا ، وكذا لغيره على المفتى به ، وتمامه فى العمادية وأقره الباقانى اهـ وسيأتى تمامه آخر المتفرقات (قوله يعنى الوسط منه) أى من الفصل المذكور . والأوضح أن يقول أعنى والواقع أنه قريب من النصف الثانى منه ط (قوله كتسمية ثوب أو دابة) مثال لمجهول الكل وما بعده مثال مجهول البعض ويلزم منه جهالة الكل ، فصح قوله بعد فيصير الأجر مجهولا (قوله لصيرورة المرمة) أى نفقتها (قوله وبعدم التسمية) كآجرتك دارى شهرا أو سنة ولم يقل بكذا منح (قوله أو بتسمية خمر أو خنزير) يفيد أن هذه إجارة فاسدة لاباطلة ط أى فيخالف مامر (قوله يعنى الوسط منه) أى عند اختلاف الناس فيه ط (قوله لابالتمكين) أى تمكين المالك له من الانتفاع . وفى بعض النسخ بالتمكن : أى تمكن المستأجر منه (قوله كما مر) أى متنافى قوله أول هذا الباب بالاستعمال ، وفى قوله أول كتاب الإجارة . أما فى الفاسدة فلا يجب إلا بحقيقة الانتفاع ، وقدمنا تقييده بما إذا وجد التسليم إليه من جهة الإجارة ، وتقدم هناك استثناء الوقف وما بحثه الشارح فراجعه (قوله بالغا مابلغ) أى إذا لم يبينه المؤجر بعد ، أما إذا بينه فليس له أزيد منه . قال فى الولوالجية : وإن تكارى دابة إلى بغداد ، إن بلغه إياها فله رضاه فبلغه فقال رضاى عشرون درهما فله أجر مثلها إلا أن يكون أكثر من عشرين فلا يزاد عليها لأن الأجر مجهول ، ولا يزاد على عشرين لأنه أبرأه عن الزيادة سائحانى (قوله ولا ينقص عن المسمى) هكذا يوجد فى موضعين : الأول

(لم يزد) أجر المثل (على المسمى) لرضاهما به (وينقص عنه) لفساد التسمية : واستثنى الزيلعى ما لو استأجر دارا على أن لا يسكنها فسدت ، ويجب إن سكنها أجر المثل بالغا مابلغ ، وحمله فى البحر على ما إذا جهل المسمى لكن أرجعه قاضيخان فى شرح الجامع إلى جهالة المسمى

بعد قوله يعنى الوسط منه ، والثانى بعد قوله لعدم مايرجع إليه ، وأفاد المحشى أنه لاحاجة إلى هذه الزيادة بل لامعنى لها فى الموضعين : أى لأن المفروض جهالة المسمى قيل إلا أن يريد بالمسمى ماجهل بعضه كإجارتها بعشرة على أن يرمها اه :

أقول : لايصح(١) ذلك فإنه ذكر فى الخانية أنه يجب فى جهالته بعضا أو كلا أجر المثل بالغا مابلغ ثم قال : فأما إذا فسد بحكم شرط فاسد ونحوه فلا يزاد على المسمى اه وكيف يصح ذلك مع قوله لعدم مايرجع إليه (قوله لم يزد على المسمى) فلو كان أجر المثل اثنى عشر والمسمى عشرة فهى له (قوله وينقص عنه) بأن كان المسمى خمسة عشر فله اثنا عشر (قوله لفساد التسمية) أى بفساد العقد لأنه إذا فسد الشىء فسد مافى ضمنه (قوله واستثنى الزيلعى الخ) أى من كونه لايزاد على المسمى إذا فسدت بالشرط ، وقد تبع الشارح فيه صاحب البحر ، وليس فى كلام الزيلعى استثناء بل ظاهر كلامه أنه من فروع جهالة المسمى فراجعه (قوله فسدت) لأن فيه نفعا لرب الدار لايقتضيه العقد ، لأنه إذا لم يسكن فيها لاتمتلىء البالوعة والمتوضاة ، وإن لم يكن فى الدار بالوعة أو بئر وضوء لاتفسد بالشرط لعدم ماقلنا بزازية وغيرها (قوله وحمله فى البحر الخ) حيث قال : وفيه يعنى فى استثناء الزيلعى نظر ، لأن الأجرة إن لم تكن مسماة فهى المسألة المتقدمة ، وإن كانت مسماة ينبغى أن لايجاوز به المسمى كغيرها من الشروط ، وقد ذكرها فى الخلاصة ولم يتعرض للأجرة اه . وظاهر كلامه اختيار الشق الأول بدليل ماذكره عن الخلاصة : ووجه كونه من جهالة المسمى مع عدم التسمية أن الشرط المذكور فيه نفع للمالك وقد جعله بدلا وهو مجهول فيجب أجر المثل بالغا مابلغ تأمل (قوله لكن أرجعه الخ) اعترض بأنه عين مافى البحر فلا وجه للاستدراك :

قلت : قد يجاب أنه حمله على الشق الثانى ، وهو ماإذا كانت الأجرة مسماة . ووجه إرجاعه إلى جهالة المسمى حينئذ أنه جعل الأجرة ذلك المسمى وعدم السكنى فصار نظير ماتقدم فيما لو استأجر بمائة درهم على أن يرمها المستأجر ، وعلل الشارح المسألة بقوله لصيرورة المرمة من الأجر فيصير الأجر مجهولا :

وحاصله أنه بجهالة البعض يحصل جهالة الكل فلهذا قال أرجعه إلى جهالة المسمى ، بخلاف مافى البحر فإنه محمول على جهالة الكل ابتداء ، هذا ماظهر لى ، والله تعالى أعلم :

ثم رأيت فى غاية البيان مايدل على ماقلته ، ولله تعالى الحمد ، فإنه قال : إذا فسدت الإجارة لفوات شرط مرغوب من جهة الأجير كما لو آجر داره كل شهر بعشرة على أن يعمرها ويؤدى نوائبها فسدت ، فإن لم يفعل يجب أجر المثل بالغا مابلغ ولا ينقص عن المسمى ، وكذا لو قال آجرتك هذه الدار شهرا بعشرة على أن لاتسكنها فسدت ، فإن سكن يجب أجر المثل بالغا مابلغ ولا ينقص عن المسمى ، وهذا أيضا يرجع إلى جهالة المسمى فى الحقيقة كذا قال فخر الدين قاضيخان اه . فقد فرض المسألة فيما لو كان مسمى وشبهها بمسألة المرمة ، وقال : وهذا أيضا

---

(١) (قوله أقول لايصح الخ) قال شيخنا : لايصح ذلك منه ، فإن عبارة الخانية ليس فيها مايفيد مدعاه ، بل فيها التنصيص على الزيادة ليس إلا ، ويؤيده قوله فى المسألة الثانية المقابلة فلا يزاد على المسمى ، ولا يلزم من تجاوز المسمى النقصان عنه ، وقد ذكر العلامة المحشى نفسه المسألة بعينها عن غاية البيان فيما كتب على قول الشارح ، لكن رجعه حيث قال : فإن لم يفعل يجب أجر المثل بالغاً مابلغ ولاينقص عن المسمى ، فأنت ترى قولهم بالغاً مابلغ لايفيد النقصان عن المسمى فكلام العلامة ح موافق للمنقول فليجب توجيه الشارح به اه.

فافهم ، وعلى كل فلا استثناء فتنبه :

قلت : وينبغي استثناء الوقف لأن الواجب فيه أجر المثل بالغا ما بلغ فتأمل (فإن آجر داره) تفريع على جهالة المسمى (بعبد مجهول فسكن مدة ولم يدفعه فعليه للمدة أجر المثل بالغا مابلغ ، وتفسخ فى الباقى) من المدة (آجر حانوتا كل شهر بكذا صح فى واحد فقط) وفسد فى الباقى لجهالتها ، والأصل أنه متى دخل كل فيما لا يعرف منتهاه تعين أدناه ، وإذا مضى الشهر فلكل فسخها بشرط حضور الآخر لانتهاء العقد الصحيح (وفى كل شهر سكن فى أوله) هو الليلة الأولى ويومها عرفا وبه يفتى (صح العقد فيه) أيضا ، وليس للمؤجر إخراجه

يرجع إلى جهالة المسمى : أى كما يرجع الأول وهذا عين ماحملت عليه كلامه قبل أن أراه ، والحمد لله (قوله فافهم) لعله إشارة إلى الفرق الذى ذكرناه ، ولكن هذا الشارح الفاضل أدق من هذا كما يعرفه من مارس كلامه وعلم مرامه (قوله قلت الخ) هو منقول فى جامع الفصولين سائحانى :

أقول : بل تقدم متنا حيث قال : متولى أرض الوقف آجرها بغير أجر المثل يلزم مستأجرها تمام أجر المثل : وقال الشارح هناك عن مجمع الفتاوى : وكذا حكم وصى وأب اه : ومما استثنى ما لو استأجر دارا بعبد معين فسكن شهرا ولم يدفع العبد حتى أعتقه صح وكان عليه للشهر الماضى أجر المثل بالغا مابلغ وتنقض الإجارة فيما بقى لفسادها بإعتاقه ، وفيها تفصيل ينظر فى خزانة الأكمل : وفى البزازية : استأجرها على عين مسماة وسكن الدار وهلكت العين قبل التسليم أو استهلكها المستأجر يجب أجر المثل بالغا ما بلغ ، بخلاف سائر الإجارات فإنه لايزاد فيه على المسمى اه فهذا المسمى فيه معلوم معين ووجب الأجر بالغا ما بلغ (قوله ولم يدفعه) أما لو عجله وقبله المؤجر منه لايزاد به عليه لرضاه وهل تنقلب صحيحة يراجع رحمتى :

وفى الشرنبلالية وجوب أجر المثل غير متوقف على عدم دفعه إذ هو الواجب للفساد فلا مفهوم له بل هو بيان للواقع ، بخلاف ما إذا عينه الخ (قوله حانوتا) مثال ، لأنه لو استأجر ثورا ليطحن عليه كل يوم بدرهم فالحكم كذلك طورى (قوله وفسد فى الباقى) مقيد بثلاثة أمور تعلم مما بعده بألا يسكن فيما بعد الشهر الأول ، وأن لا يعجل أجرته ، وأن لا يسمى جملة الشهور ، فإن وجد واحد منها صح فيه : وفى البزازية : فلو أبرأه عن أجرة الأبد لا يصح إلا عن شهر واحد (قوله لجهالتها) أى الشهور (قوله متى دخل كل) أى لفظ كل (قوله فيما لايعرف منتهاه) كالأشهر والأيام ، وهذا يفيد أن قوله كل شهر مثال ، فمثله كل سنة أو يوم أو أسبوع كما أفاده الرملى (قوله تعين أدناه) أى تعين للصحة ، إذ مابعد الأول داخل تحت العقد ولهذا اشترط حضورهما عندالفسخ فهو فاسد لكن ينقلب صحيحا بالسكنى هكذا يستفاد من كلامه : ثم رأيت الطورى قال : وظاهر قوله صح فى شهر واحد الفساد فى الباقى : قال فى المحيط : وهذا قول بعضهم : والصحيح أن الإجارة كل شهر جائزة وإطلاق محمد يدل عليه ، فيجوز العقد فى الشهر الأول والثانى والثالث ، وإنما يثبت خيار الفسخ فى أول الثانى لأنها مضافة إلى المستقبل ولكل منهما فسخ المضافة اه وهو مخالف لقول المصنف كالهداية والتبيين وفسد فى الباقى ، إلا أن يقال المراد بالفساد عدم اللزوم ، وأطلق عليه ذلك لأنه قابل للإفساد تأمل (قوله بشرط حضور الآخر) والحيلة إذا غاب أن يؤجر من آخر فإذا انقضى الشهر صح للآخر في الثانى وانفسخ الأول كما فى جامع الفصولين أى لأنه يغتفر فى الضمنى ما لا يغتفر فى الصريح سائحانى ، وقدم الشارح ذلك قبيل هذا الباب (قوله وبه يفتى) وهو ظاهر الرواية . وذكر بعض المشايخ أنه ساعة من أوله ، وعليه مشى القدورى وصاحب الكنز وهوالقياس وفيه حرج كذا فى الهداية والزيلعى :

حتى ينقضى إلا بعذر ، كما لو عجل أجرة شهرين فأكثر لكونه كالمسمى زيلعى (إلا أن يسمى الكل) أى جملة شهور معلومة فيصح لزوال المانع (وإذا آجرها سنة بكذا صح وإن لم يسم أجر كل شهر) وتقسم سوية (وأول المدة ما سمى) إن سمى (وإلا فوقت العقد) هو أولها (فإن كان) العقد (حين يهل) بضم ففتح : أى يبصر الهلال ، والمراد اليوم الأول من الشهر شمنى (اعتبر الأهلة وإلا فالأيام) كل شهر ثلاثون . وقالا يتم الأول بالأيام والباقى بالأهلة (استأجر عبدا بأجر معلوم وبطعامه لم يجز) لجهالة بعض الأجر كما مر .

(وجاز إجارة الحمام)

قال الرملى : وفى البزازية الأصح أن وقت الفسخ اليوم الأول مع ليلته واليوم الثانى والثالث ، لأن خيار الفسخ فى أول الشهر وأول الشهر هذا وعليه الفتوى اه وهذا خلاف القولين المذكورين ، وقد صرح بأن الفتوى عليه فتأمل فيه وفى قول الشارح وبه يفتى .

وقد تقرر أنه إذا تعارضت الشروح والفتاوى فالاعتبار لما فى الشروح اه مع أن ما فى الشروح ظاهر الرواية كما علمت (قوله حتى ينقضى) أى ذلك الشهر الذى سكن فى أوله على الأقوال الثلاثة (قوله إلا بعذر) أى من أعذار الفسخ الآتية (قوله كما لو عجل) تنظير فى الصحة لما فى المتن . قال الزيلعى : فلا يكون لواحد منهما الفسخ فى قدر المعجل أجرته لأنه بالتقديم زالت الجهالة فى ذلك القدر فيكون كالمسمى فى العقد (قوله إلا أن يسمى الكل) استثناء من قوله وفسد فى الباقى : أى كل ما قصد العقد عليه ، وهذا كما إذا قال آجرتها ستة أشهر كل شهر بكذا (قوله لزوال المانع) أى الذى كان فى صورة عدم تسمية الكل (قوله وتقسم سوية) أى على المشهور ، وفائدته تظهر فى الفسخ أثناء المدة . وفى التاترخانية : ولو قال آجرتك سنة بألف كل شهر بمائة فقبل فهو إجارة بألف ومائتين كل شهر بمائة والأخير يكون فسخا للأول . قال الفقيه : وهذا إذا كان قصدا ، فلو غلطا فالأجر هو الأول (قوله إن سمى) بأن يقول من شهر رجب من هذه السنة درر أى ما لم يكن خيار شرط ، فإن كان فمن وقت سقوطه سرى الدين عن الكافى ط (قوله والمراد اليوم الأول) أى لا وقت إبصار الهلال حقيقة (قوله اعتبر الأهلة) حتى لو نقص الشهر يوما كان عليه كمال الأجرة بدائع (قوله وإلا فالأيام) أى وإن كان فى أثناء الشهر فيعتبر الأيام لأن الشهر الأول يكمل بالأيام من الثانى فيصير أول الثانى بالأيام فيكمل بالثالث وهكذا بدائع (قوله وقال يتم الأول بالأيام) وفى الذخيرة : إن عقد الإجارة على كل شهر بدرهم وإن وجدت فى وسطه يعتبر كل شهر بالأيام بلا خلاف لأنهما إنما يعتبران الأهلة إذا علم آخر المدة ليمكن تكميله منه اه . وعن أبى يوسف رواية كأبى حنيفة . قال ابن الكمال : وعند محمد وهو رواية أخرى عن أبى يوسف : يعتبر الأول بالأيام ويكمل من الأخير ويعتبر الباقى بالأهلة ، فإن آجر فى عاشر ذى الحجة سنة فذو الحجة إن تم على ثلاثين يوما ، فالسنة تتم عند محمد على عاشر ذى الحجة ، وإن تم على تسعة وعشرين فالسنة تتم على الحادى عشر من ذى الحجة .

فإن قلت : هلا يلزم أن يتكرر عيد الأضحى فى سنة واحدة ؟ قلت نعم ، لكن فى السنة التى قدرت بها مدة الإجارة لا فى السنة المعروفة ، فالمحذور غير لازم واللازم غير محذور اه (قوله كما مر) أى قبل ورقة ومر الكلام فيه (قوله وجاز إجارة الحمام) قدمنا أن الإجارة اسم للأجرة : أى جاز أخذ الحمامى أجرة الحمام . وفى أبى السعود عن الحموى الحمام مؤنث فى الأغلب وجمعه حمامات على القياس : وفى ذكرى أول من وضعه نبى الله سليمان عليه السلام .

« لأنه عليه الصلاة والسلام دخل حمام الجحفة » وللعرف . وقال عليه الصلاة والسلام « مارآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن » :

قلت : والمعروف وقفه على ابن مسعود كما ذكره ابن حجر (و) جاز (بناؤه للرجال والنساء) هوالصحيح للحاجة ، بل حاجتهن أكثر لكثرة أسباب اغتسالهن ، وكراهة عثمان محمول على ما فيه كشف عورة زيلعى :

وفى إحكامات الأشباه : ويكره لها دخول الحمام فى قول ، وقيل إلا لمريضة أو نفساء ، والمعتمد أن لا كراهة مطلقا :

قلت : وفى زماننا لا شك فى الكراهة لتحقق كشف العورة وقد مر فى النفقة (والحجام) « لأنه عليه الصلاة والسلام احتجم وأعطى الحجام أجرته » وحديث النهى عن كسبه منسوخ

مطلب فى حديث دخوله عليه الصلاة والسلام الحمام ، وحديث « ما رآه المؤمنون حسنا »

(قوله لأنه عليه الصلاة والسلام دخل حمام الجحفة) قال منلا على القارى : ذكر الدميرى والنووى أنه ضعيف جدا ، فقول شيخنا ابن حجر المكى فى شرح الشمائل إنه موضوع باتفاق الحفاظ وإن وقع فى كلام الدميرى وغيره ليس فى محله اه ملخصا (قوله وللعرف) لأن الناس فى سائر الأمصار يدفعون أجرة الحمام وإن لم يعلم مقدار ما يستعمل من الماء ولا مقدار القعود ، فدل إجماعهم على جواز ذلك وإن كان القياس يأباه لوروده على إتلاف العين مع الجهالة إتقانى (قوله كما ذكره ابن حجر) وكذا رواه أحمد فى كتاب السنة من حديث أبى وائل عن ابن مسعود قال « إن الله نظر فى قلوب العباد فاختار محمدا صلى الله عليه وسلم فبعثه برسالته ثم نظر فى قلوب العباد فاختار له أصحابا فجعلهم أنصار دينه ووزراء نبيه ، فما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ، وما رآه المسلمون قبيحا فهوعندالله قبيح » وهوموقوف حسن وكذا أخرجه البزاروالطيالسى والطبرانى فى ترجمة ابن مسعود من الحلية اه من المقاصد الحسنة ط (قوله هوالصحيح) ومن العلماء من كرهه لما روى عن عمارة بن عقبة أنه قال : قدمت على عثمان بن عفان فسألنى عن مالى فأخبرته أن لى غلمانا وحماما له غلة فكره لى غلة الحجامين وغلة الحمام وقال إنه بيت الشياطين ، وسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم شر بيت ، فإنه تكشف فيه العورات وتصب الغسالات والنجاسات : ومنهم من فصل بين حمام الرجال وحمام النساء زيلعى (قوله لكثرة أسباب اغتسالهن) أى من الحيض والنفاس والجنابة ، واستعمال الماء البارد قد يضر وقد لا يتمكن من الاستيعاب به وإزالة الوسخ زيلعى (قوله وقيل إلا لمريضة أو نفساء) روى فى السنن مسندا إلى عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « إنها ستفتح لكم أرض العجم وستجدون فيها بيوتا يقال لها الحمامات فلا يدخلها الرجال إلا بالإزار وامنعوها النساء إلا مريضة أو نفساء » إتقانى (قوله قلت الخ) قائله ابن الهمام :

أقول : ولا يختص ذلك بحمام النساء ، فإن فى ديارنا كشف العورة الخفيفة أو الغليظة متحقق من فسقة العوام الرجال فالذى ينبغى التفصيل ، وهو إن كان الداخل يغض بصره بحيث لايرى عورة أحد ولا يكشف عورته لأحد فلا كراهة مطلقا ، وإلا فالكراهة فى دخول الفريقين حيث كانت العلة ما ذكر فتدبر (قوله لأنه عليه الصلاة والسلام احتجم الخ) روى البخارى مسندا إلى ابن عباس قال « احتجم النبى صلى الله تعالى عليه وسلم وأعطى الحجام أجره » ولو علم كراهية لم يعطه وفى رواية السنن ولو علمه خبيثا لم يعطه إتقانى (قوله وحديث النهى) وهو ما ذكره صاحب السنن بإسناده إلى رافع بن خديج أن رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم قال « كسب الحجام خبيث ، وثمن الكلب خبيث ، ومهر البغي خبيث » إتقانى (قوله منسوخ) أى بما روي

(والظئر) بكسر فهمز : المرضعة (بأجر معين) لتعامل الناس ، بخلاف بقية الحيوانات لعدم التعارف (و) كذا (بطعامها وكسوتها)ولها الوسط ، وهذا عند الإمام لجريان العادة بالتوسعة على الظئر شفقة على الولد (وللزوج أن يطأها) خلافا لمالك (لا فى بيت المستأجر) لأنه ملكه فلا يدخله (إلا بإذنه ، و) الزوج (له فى نكاح ظاهر) أى معلوم بغير الإقرار (فسخها مطلقا) شأنه إجارتها أولا فى الأصح (ولو غير ظاهر) بأن علم بإقرارهما (لا) يفسخها ، لأن قولها لا يقبل فى حق المستأجر (وللمستأجر فسخها بحبلها ومرضها وفجورها) فجورا بينا ونحو ذلك من الأعذار

« أنه عليه الصلاة والسلام قال له رجل إن لى عيالا وغلاما حجاما أفأطعم عيالى من كسبه ؟ قال نعم » زيلعى : وأجاب الإتقانى بحمل حديث الخبث على الكراهة طبعا من طريق المروءة لما فيه من الخسة والدناءة . قال : على أنا نقول راويه رافع ليس كابن عباس فى الضبط والإتقان والفقه فيعمل بحديث ابن عباس دونه اهـ: وفى الجوهرة: وإن شرط الحجام شيئا على الحجامة كره (قوله والظئر) بالجر عطفا على الحمام (قوله بكسر فهمز) أى همزة ساكنة ويجوز تخفيفها حموى (قوله المرضعة) خبر لمبتدإ محذوف : وفى القاموس : الظئر العاطفة على ولد غيرها المرضعة له فى الناس وغيرهم للذكر والأنثى وجمعه أظؤر وأظآر وظؤر وظئورة وظؤار وظؤرة (قوله لتعامل الناس) علة للجواز وهذا استحسان لأنها ترد على استهلاك العين وهو اللبن : ويشترط التوقيت إجماعا حموى عن المنصورية : والإطلاق مشير إلى أنه يجوز للمسلمة أن تؤجر نفسها لإرضاع ولد الكافر وبه صرح فى الخانية : بخلاف ما إذا أجرت نفسها لخدمة الكافر فإنه لا يجوز ، قال فى الأشباه : استأجر نصرانى مسلما للخدمة لم يجز ، ولغيرها جاز إن وقت أبوالسعود (قوله بخلاف بقية الحيوانات) أى بخلاف استئجارها للإرضاع: وفى التاترخانية : استأجر بقرة ليشرب اللبن أو كرما أو شجرا ليأكل ثمره أرضا ليرعى غنمه القصيل أو شاة ليجز صوفها فهو فاسد كله وعليه قيمة الثمرة والصوف والقصيل لأنه ملك الآجر وقد استوفاه بعقد فاسد ، بخلاف ما إذا استأجر أرضه ليرعى الكلأ (قوله وكذا بطعامها وكسوتها) أشار إلى أنها مسألة مستقلة وأنهما عليها إن لم يشترطا على المستأجر بالعقد (قوله لجريان العادة إلخ) جواب عن قولهما لا تجوز لأن الأجرة مجهولة. ووجهه أن العادة لما جرت بالتوسعة على الظئر شفقة على الولد لم تكن الجهالة مفضية إلى النزاع ، والجهالة ليست بمانعة لذاتها بل لكونها مفضية إلى النزاع (قوله وللزوج أن يطأها) أى وإن رضى بالإجارة فليس للمستأجر منعه مخافة الحبل ، لأنه ضرر موهوم والمنع من الوطء ضرر متحقق وليس للظئر أن تمنعه نفسها إتقانى (قوله شأنه إجارتها أولا) أى سواء كانت الإجارة تشين الزوج : أى تعيبه بأن كان وجيها بين الناس أولا ، لما أن له أن يمنعها من الخروج وأن يمنع الصبى الدخول عليها ولأن الإرضاع والسهر بالليل يضعفها ويذهب جمالها فكان له المنع كما يمنعها من الصيام تطوعا زيلعى (قوله وللمستأجر فسخها إلخ) لأن لبن الحبلى والمريضة يضر بالصغير وهى يضرها أيضا الرضاع ، فكان لها ولهم الخيار ولها أيضا الفسخ بأذية أهله لها وكذا إذا لم تجر لها عادة بإرضاع ولد غيرها وكذا إذا عيروها به لأنها تتضرر به على ما قيل : تجوع الحرة ولا تأكل بثدييها زيلعى ، وهذا إذا أمكن معالجته بالغذاء أو بأخذ لبن للغير وإلا فليس لها الفسخ وعليه الفتوى كما بسطه فى التاترخانية (قوله وفجورها) أى زناها لأنها تشتغل به عن حفظ الصبى (قوله ونحو ذلك) كما إذا أرادوا سفرا وأبت الخروج معهم أو كانت بذية اللسان أو سارقة أو يتقيأ لبنها أولا يأخذ ثديها ، وكذا كل ما يضر بالصبى لا محالة نحو الخروج من منزله زمانا كثيرا وما أشبهه فلهم أن يمنعوها عنه لا ما لا يضر ، وأما ما كان فيه وهم الضرر فليس لهم منعها عنه ، وليس عليها أن ترضعه

(لابكفرها) لأنه لايضر بالصبي ، ولو مات الصبي أو الظئر انتقضت الإجارة ولو مات أبوه لا ، وعليها غسل الصبي وثيابه وإصلاح طعامه ودهنه بفتح الدال : أى طليه بالدهن للعرف وهو معتبر فيما لانص فيه ، ولايلزمها ثمن شيء من ذلك ، وما ذكره محمد من أن الدهن والريحان عليها فعادة أهل الكوفة (وهو) أى ثمنه وأجرة عملها (على أبيه) إن لم يكن للصغير مال وإلا فنى ماله لأنه كالنفقة (فإن أرضعته بلبن شاة أو غذته بطعام ومضت المدة لا أجر لها) لأن الصحيح أن المعقود عليه هو الإرضاع والتربية لا اللبن والتغذية عناية (بخلاف ما لو دفعته إلى خادمها حتى أرضعته) أو استأجرت من أرضعته حيث تستحق الأجرة إلا إذا شرط إرضاعها على الأصح شرنبلالية عن الذخيرة ، ولو آجرت نفسها لذلك لقوم آخرين ولم يعلم الأولون فأرضعتهما وفرغت أثمت ،

فى منزل الأب مالم يكن عرف بين الناس أو يشترطوا ذلك عليها تاترخانية وغيرها (قوله لابكفرها) لأن كفرها في اعتقادها زيلعى . قال ط : ويخالفه فى الخانية إذا ظهرت الظئر كافرة أو مجنونة أو زانية أو حمقى فلهم فسخ الإجارة (قوله ولو مات أبوه لا) أى لا تنتقض لأن الإجارة واقعة للصبى لا للأب سواء كان له مال أو لا ، ولهذا لو كان للصبى مال تجب الأجرة من ماله إذ هى كالنفقة زيلعى (قوله وثيابه) بالجر عطف على الصبى وأطلق فى غسل الثياب .

وفى الكفاية : الصحيح أن غسل ثياب الصبى من البول ونحوه عليها ومن الوسخ والدرن لايكون عليها حموى ، ومثله فى شرح المجمع (قوله وإصلاح طعامه) يريد به أن تصنع له الطعام ولا تأكل شيئا يفسد لبنها ويضرّ به تاترخانية عن المضمرات (قوله فعادة أهل الكوفة) وقد قالوا فى توابع العقود التى لا ذكر لها فيها : إنها تحمل على عادة كل بلد كالسلك على الخياط ، والدقيق الذى يصلح الحائك به الثوب على رب الثوب ، وإدخال الحنطة المنزل على المكارى ، بخلاف الصعود بها إلى الغرفة أو السطح ، والإكاف على رب الدابة ، والحبال والجوالق على ما تعارفوه بدائع ملخصا (قوله على أبيه) قال فى التاترخانية وفى الظهيرية : ولو لم يكن له مال حين استأجرها الأب ثم أصاب الصغير مالا ، قال سئل والدى عنها ، فقال : قيل(١) أجر ما مضى على الأب ومابقى فى مال الصغير اهـ وفيها إرضاع اليتيم على من تجب عليه نفقته ، فإن كان لا وارث له ففى بيت المال (قوله فإن أرضعته بلبن شاة) أى بأن أقرت به أو شهدت بينة به ، وإن جحدت فالقول لها مع يمينها استحسانا ، ولو شهدوا أنها ما أرضعت بلبن نفسها لم يقبل لقيامها على النفى مقصودا بخلاف الأول لدخوله فى ضمن الإثبات وإن أقام فالبينة بينة الظئر كما فى الذخيرة شرنبلالية (قوله لأن الصحيح الخ) أى فلم تأت بالعمل الواجب عليها وهو الإرضاع وهذا إيجار وليس بإرضاع .

وفى المحيط : استأجر شاة لترضع جديا أو صبيا لايجوز لأن للبن البهائم قيمة فوقعت الإجارة عليه وهو مجهول فلا يجوز ، وليس للبن المرأة قيمة فلا تقع الإجارة عليه وإنما تقع على فعل الإرضاع والتربية والحضانة زيلعى (قوله هو الإرضاع) وهو ما يقع بلبن الآدمية وما وراءه يكون إطعاما إتقانى (قوله لا اللبن) أى مطلقا ط (قوله حيث تستحق الأجرة) أى استحسانا ، لأن الإنسان تارة يعمل بنفسه وتارة بغيره ولأنها لما عملت بأمر الأولى صار كأنها عملت بنفسها بدائع (قوله عن الذخيرة) ونصها : اختلف المشايخ فيه ، والصحيح أنها لاتستحق اهـ ومثله فى التاترخانية (قوله لذلك) أى للإرضاع (قوله ولم يعلم الأولون) أى حتى يفسخوا هذه الإجارة تاترخانية ، ومفاده أن لهم فسخ الثانية (قوله أثمت) لأنه استحق عليها كمال الرضاع ، فلما أرضعت صبيين

---

(١) (قوله فقال قيل الخ) قال شيخنا : هذا أحد أقوال ثلاثة ، وقيل الكل على الأب ، وقيل الكل على الصغير لأن العقد له ، وإيجاب الأجر على الأب إنما هو لضرورة فقر الصغير فإذا صار ذا مال يكون عليه وهو المعول عليه اهـ .

ولها الأجر كاملا على الفريقين لشبهها بالأجير الخاص والمشترك، وتمامه فى العناية:

(لا تصح الإجارة لعسب التيس) وهو نزوه على الإناث (و) لا (لأجل المعاصى مثل الغناء والنوح والملاهى) ولو أخذ بلا شرط يباح (و) لا لأجل الطاعات مثل (الأذان والحج والإمامة وتعليم القرآن والفقه) ويفتى اليوم بصحتها لتعليم القرآن والفقه والإمامة والأذان:

فقد أضرت بأحدهما لنقصان اللبن (قوله ولها الأجر كاملا على الفريقين) ويطيب لها، ولا ينقص من الأجر الأول إن أرضعت ولدهم فى المدة المشروطة ويطرح من الأجر بقدر ما تخلفت تاترخانية (قوله لشبهها بالأجير الخاص والمشترك) جواب إشكال ، وهو أن أجير الواحد ليس له أن يؤجر نفسه من آخر ، فإن آجر لا يستحق تمام الأجر على المستأجر الأول ويأثم . قال فى الذخيرة : وهذا لا يشكل إذا قال أبو الصغير استأجرتك لترضعى ولدى هذا سنة بكذا لأنها فى هذه الصورة أجيرة مشتركة لأنه أوقع العقد أولا على العمل وإنما يشكل إذا قال استأجرتك سنة لترضعى الخ لأنه أوقع العقد على المدة أولا وسيأتى بيانه والوجه أن الأجير الواحد فى الرضاع يشبه المشترك من حيث أنه يمكنه إيفاء العمل بتمامه إلى كل واحد منهما كالخياط ، وإن كان أجير واحد فتأثم لشبهها بأجير الواحد ولها الأجر كاملا لشبهها بالمشترك اه ملخصا (قوله لا تصح الإجارة لعسب التيس) لأنه عمل لا يقدر عليه وهو الإحبال:

مطلب فى الاستئجار على المعاصى

(قوله مثل الغناء) بالكسر والمد الصوت ، وأما المقصور فهو اليسار صحاح (قوله والنوح) البكاء على الميت وتعديد محاسنه (قوله والملاهى) كالمزامير والطبل ، وإذا كان الطبل لغير اللهو فلا بأس به كطبل الغزاة والعرس لما فى الأجناس : ولا بأس أن يكون ليلة العرس دف يضرب به ليعلن به النكاح : وفى الولوالجية : وإن كان للغزو أو القافلة يجوز إتقانى ملخصا (قوله يباح) كذا فى المحيط :

وفى المنتقى : امرأة نائحة أو صاحبة طبل أو زمر اكتسبت مالا ردته على أربابه إن علموا وإلا تتصدق به ، وإن من غير شرط فهو لها : قال الإمام الأستاذ لا يطيب ، والمعروف كالمشروط اه:

قلت : وهذا مما يتعين الأخذ به فى زماننا لعلمهم أنهم لا يذهبون إلا بأجر البتة ط:

مطلب فى الاستئجار على الطاعات

(قوله ولا لأجل الطاعات) الأصل أن كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستئجار عليها عندنا لقوله عليه الصلاة والسلام « اقرءوا القرآن ولا تأكلوا به » وفى آخر ما عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى عمرو بن العاص «وإن اتخذت مؤذنا فلا تأخذ على الأذان أجرا » ولأن القربة متى حصلت وقعت على العامل ولهذا تتعين أهليته ، فلا يجوز له أخذ الأجرة من غيره كما فى الصوم والصلاة هداية:

مطلب تحرير مهمّ فى عدم جواز الاستئجار على التلاوة والتهليل ونحوه مما لا ضرورة إليه

(قوله ويفتى اليوم بصحتها لتعليم القرآن الخ) قال فى الهداية : وبعض مشايخنا رحمهم الله تعالى استحسنوا الاستئجار على تعليم القرآن اليوم لظهور التوانى فى الأمور الدينية ، ففى الامتناع تضييع حفظ القرآن وعليه الفتوى اه ، وقد اقتصر على استثناء تعليم القرآن أيضا فى متن الكنز ومتن مواهب الرحمن وكثير من الكتب ، وزاد فى مختصر الوقاية ومتن الإصلاح تعليم الفقه ، وزاد فى متن المجمع الإمامة ، ومثله فى متن الملتقى ودرر البحار : وزاد بعضهم الأذان والإقامة والوعظ ، وذكر المصنف معظمها ، ولكن الذى فى أكثر الكتب

(ويجبر المستأجر على دفع ماقبل) فيجب المسمى بعقد وأجر المثل إذا لم تذكر مدة شرح وهبانية من الشركة (ويحبس به) به يفتى (ويجبر على) دفع (الحلوة المرسومة) هي ما يهدى للمعلم على رءوس بعض سور القرآن ، سميت بها لأن العادة إهداء الحلاوى .

(ولو دفع غزلا لآخر لينسجه له بنصفه) أى بنصف الغزل (أو استأجر بغلا ليحمل طعامه ببعضه أو ثورا ليطحن بره

الاقتصار على ما فى الهداية ، فهذا مجموع ما أفتى به المتأخرون من مشايخنا وهم البلخيون على خلاف فى بعضه مخالفين ما ذهب إليه الإمام وصاحباه ، وقد اتفقت كلمتهم جميعا فى الشروح والفتاوى على التعليل بالضرورة وهى خشية ضياع القرآن كما فى الهداية ، وقد نقلت لك ما فى مشاهير متون المذهب الموضوعة للفتوى فلا حاجة إلى نقل ما فى الشروح والفتاوى ، وقد اتفقت كلمتهم جميعا على التصريح بأصل المذهب من عدم الجواز ، ثم استثنوا بعده ما علمته ، فهذا دليل قاطع وبرهان ساطع على أن المفتى به ليس هو جواز الاستئجار على كل طاعة بل على ما ذكروه فقط مما فيه ضرورة ظاهرة تبيح الخروج عن أصل المذهب من طرو المنع ، فإن مفاهيم الكتب حجة ولو مفهوم لقب على ما صرح به الأصوليون بل هو منطوق ، فإن الاستثناء من أدوات العموم كما صرحوا به أيضا . وأجمعوا على أن الحج عن الغير بطريق النيابة لا الاستئجار ، ولهذا لو فضل مع النائب شىء من النفقة يجب عليه رده للأصيل أو ورثته ، ولو كان أجرة لما وجب رده ، فظهر لك بهذا عدم صحة مافى الجوهرة من قوله واختلفوا فى الاستئجار على قراءة القرآن مدة معلومة : قال بعضهم : لايجوز . وقال بعضهم : يجوز وهوالمختار اهـ والصواب أن يقال على تعليم القرآن ، فإن الخلاف فيه كما علمت لا فى القراءة المجردة فإنه لا ضرورة فيها ، فإن كان ما فى الجوهرة سبق قلم فلا كلام ، وإن كان عن عمد فهو مخالف لكلامهم قاطبة فلا يقبل .

وقد أطنب فى رده صاحب تبيين المحارم مستندا إلى النقول الصريحة ، فمن جملة كلامه قال تاج الشريعة فى شرح الهداية : إن القرآن بالأجرة لا يستحق الثواب لا للميت ولا للقارىء . وقال العينى فى شرح الهداية : ويمنع القارىء للدنيا ، والآخذ والمعطى آثمان .

فالحاصل أن ما شاع فى زماننا من قراءة الأجزاء بالأجرة لا يجوز لأن فيه الأمر بالقراءة وإعطاء الثواب للآمر والقراءة لأجل المال ؛ فإذا لم يكن للقارىء ثواب لعدم النية الصحيحة فأين يصل الثواب إلى المستأجر ولولا الأجرة ما قرأ أحد لأحد فى هذا الزمان بل جعلوا القرآن العظيم مكسبا ووسيلة إلى جمع الدنيا — إنا لله وإنا إليه راجعون — اهـ . وقد اغتر بما فى الجوهرة صاحب البحر فى كتاب الوقف وتبعه الشارح فى كتاب الوصايا حيث يشعر كلامها بجواز الاستئجار على كل الطاعات ومنها القراءة . وقد رده الشيخ خير الدين الرملى فى حاشية البحر فى كتاب الوقف حيث قال : أقول المفتى به جواز الأخذ استحسانا على تعليم القرآن لا على القراءة المجردة كما صرح به فى التاترخانية حيث قال : لا معنى لهذه الوصية ولصلة القارىء بقراءته لأن هذا بمنزلة الأجرة والإجارة فى ذلك باطلة وهى بدعة ولم يفعلها أحد من الخلفاء ، وقد ذكرنا مسألة تعليم القرآن على استحسان اهـ يعنى للضرورة ولا ضرورة فى الاستئجار على القراءة على القبر . وفى الزيلعى وكثير من الكتب : لو لم يفتح لهم باب التعليم بالأجر لذهب القرآن فأفتوا بجوازه ورأوه حسنا فتنبه اهـ كلام الرملى .

وما فى التاترخانية فيه رد على من قال لو أوصى لقارىء يقرأ على قبره بكذا ينبغى أن يجوز على وجه الصلة دون الأجر ، وممن صرح ببطلان هذه الوصية صاحب الولوالجية والمحيط والبزازية ، وفيه رد أيضا على صاحب

ببعض دقيقه) فسدت فى الكل لأنه استأجره بجزء من عمله، والأصل فى ذلك نهيه صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان وقدمناه فى بيع الوفاء: والحيلة أن يفرز الأجر أولا أو يسمى قفيزا بلا تعيين ثم يعطيه قفيزا منه فيجوز، ولو استأجره ليحمل له

البحر حيث علل البطلان بأنه مبنى على القول بكراهة القرآن على القبر وليس كذلك، بل لما فيه من شبه الاستئجار على القراءة كما علمت، وصرح به فى الاختيار وغيره، ولذا قال فى الولوالجية ما نصه: ولو زار قبر صديق أو قريب له وقرأ عنده شيئا من القرآن فهو حسن، أما الوصية بذلك فلا معنى لها ولا معنى أيضا لصلة القارئ، لأن ذلك يشبه استئجاره على قراءة القرآن وذلك باطل ولم يفعل ذلك أحد من الخلفاء اه إذ لو كانت العلة ما قاله لم يصح قوله هنا فهو حسن، وممن أفتى ببطلان هذه الوصية الخير الرملى كما هو مبسوط فى وصايا فتاواه فراجعها.

ونقل العلامة الخلوتى فى حاشية المنتهى الحنبلى عن شيخ الإسلام تقى الدين ما نصه: ولا يصح الاستئجار على القراءة وإهدائها إلى الميت، لأنه لم ينقل عن أحد من الأئمة الإذن فى ذلك: وقد قال العلماء: إن القارئ إذا قرأ لأجل المال فلا ثواب له فأى شىء يهديه إلى الميت، وإنما يصل إلى الميت العمل الصالح، والاستئجار على مجرد التلاوة لم يقل به أحد من الأئمة، وإنما تنازعوا فى الاستئجار على التعليم اه بحروفه، وممن صرح بذلك أيضا الإمام البركوى قدس سره فى آخر الطريقة المحمدية فقال: الفصل الثالث فى أمور مبتدعة باطلة أكب الناس عليها على ظن أنها قرب مقصودة إلى أن قال: ومنها الوصية من الميت باتخاذ الطعام والضيافة يوم موته أو بعده وبإعطاء دراهم لمن يتلو القرآن لروحه أو يسبح أو يهلل له وكلها بدع منكرات باطلة، والمأخوذ منها حرام للآخذ، وهو عاص بالتلاوة والذكر لأجل الدنيا اه ملخصا. وذكر أن له فيها أربع رسائل.

فإذا علمت ذلك ظهر لك حقيقة ما قلناه وأن خلافه خارج عن المذهب وعما أفتى به البلخيون وما أطبق عليه أئمتنا متونا وشروحا وفتاوى، ولا ينكر ذلك إلا غمر مكابر أو جاهل لا يفهم كلام الأكابر، وما استدل به بعض المحشين على الجواز بحديث البخارى فى اللديغ فهو خطأ لأن المتقدمين المانعين الاستئجار مطلقا جوزوا الرقية بالأجرة ولو بالقرآن كما ذكره الطحاوى لأنها ليست عبادة محضة بل من التداوى. وما نقل عن بعض الهوامش وعزى إلى الحاوى الزاهدى من أنه لا يجوز الاستئجار على الختم بأقل من خمسة وأربعين درهما فخارج عما اتفق عليه أهل المذهب قاطبة. وحينئذ فقد ظهر لك بطلان ما أكب عليه أهل العصر من الوصية بالختمات والتهاليل مع قطع النظر عما يحصل فيها من المنكرات التى لا ينكرها إلا من طمست بصيرته، وقد جمعت فيها رسالة سميتها [شفاء العليل وبل الغليل فى حكم الوصية بالختمات والتهاليل] وأتيت فيها بالعجب العجاب لذوى الألباب، وما ذكرته هنا بالنسبة إليها كقطرة من بحر أو شذرة من عقد نحر، وأطلعت عليها محشى هذا الكتاب فقيه عصره ووحيد دهره السيد أحمد الطحطاوى مفتى مصر سابقا فكتب عليها وأثنى الثناء الجميل، فالله يجزيه الخير الجزيل، وكتب عليها غيره من فقهاء العصر (قوله فسدت فى الكل) ويجب أجر المثل لا يجاوز به المسمى زيلعى (قوله بجزء من عمله) أى ببعض ما يخرج من عمله، والقدرة على التسليم شرط وهو لا يقدر بنفسه زيلعى (قوله عن قفيز الطحان) وهو المسألة الثالثة التى ذكرها المصنف كما ذكره الزيلعى (قوله والحيلة أن يفرز الأجر أولا) أى ويسلمه إلى الأجير، فلو خلطه بعد وطحن الكل ثم أفرز الأجرة ورد الباقى جاز، ولا يكون فى معنى قفيز الطحان إذ لم يستأجره أن يطحن بجزء منه أو بقفيز منه كما فى المنح عن جواهر الفتاوى. قال الرملى: وبه علم بالأولى جواز ما يفعل فى ديارنا من أخذ الأجرة من الحنطة والدراهم معا ولا شك فى جوازه اه (قوله بلا تعيين)

نصف هذا الطعام بنصفه الآخر لا أجر له أصلا لصيرورته شريكا ، وما استشكله الزيلعي أجاب عنه المصنف . قال وصرحوا بأن دلالة النص لا عموم لها فلا يخصص عنها شيء بالعرف كما زعمه مشايخ بلخ (أو) استأجر (خبازا ليخبز له كذا) كقفيز دقيق (اليوم بدرهم) فسدت عند الإمام لجمعه بين العمل والوقت ولا ترجيح لأحدهما

أي من غير أن يشترط أنه من المحمول أو من المطحون فيجب في ذمة المستأجر زيلعي (قوله نصف هذا الطعام) قيد بالنصف لأنه لو استأجره ليحمل الكل بنصفه لا يكون شريكا فيجب أجر المثل وهي مسألة المتن (قوله لا أجر له أصلا) أي لا المسمى ولا أجر المثل عناية (قوله لصيرورته شريكا) قال الزيلعي : لأن الأجير ملك النصف في الحال بالتعجيل فصار الطعام مشتركا بينهما فلا يستحق الأجر لأنه لا يعمل شيئا لشريكه إلا ويقع بعضه لنفسه هكذا قالوا .

وفيه إشكالان : أحدهما أن الإجارة فاسدة والأجرة لا تملك بالصحيحة منها بالعقد عندنا سواء كان عينا أو دينا على ما بيناه من قبل ، فكيف ملكه هنا من غير تسليم ومن غير شرط التعجيل . والثاني أنه قال ملكه في الحال ، وقوله لا يستحق الأجر ينافي الملك لأنه لا يملكه إذا ملكه إلا بطريق الأجرة ، فإذا لم يستحق شيئا فكيف يملكه وبأي سبب يملكه اهـ (قوله أجاب عنه المصنف) قلت : وأجاب في الحواشي السعدية بقوله لعل مرادهم : أي بقولهم لا يستحق الأجر نفي الملك لأن وجوده يؤدي إلى عدمه وما هو كذلك يبطل ، فقولهم ملك الأجر في الحال كلام على سبيل الفرض والتقدير ، والظاهر أن وضع المسألة فيما إذا سلم إلى الأجير كل الطعام فيكون تقدير الكلام لو وجب الأجر في الصورة المفروضة لملك الأجير الأجرة في الحال بالتعجيل ، والثاني باطل إذ يكون حينئذ مشتركا فيفضي إلى عدم وجوب الأجرة ، وكل ما أفضى وجوده إلى انتفاء لزومه فهو باطل اهـ .

وحاصل جواب المصنف عن الأول أن الأجرة هنا معجلة كما صرح به الزيلعي في صدر تقريره ، وهي تملك بالتعجيل كما تملك باشتراطه . وعن الثاني أنه لما ملكه بالتعجيل وعمل تبين بعد العمل عدم استحقاقه لشيء من الأجرة ، كما لو عجلها عند العقد فاستحقها مستحق تبين كونه ليس بمالك لها اهـ . وفيه نظر ، فإن هذا العقد لا يخلو إما أن يكون باطلا أو فاسدا أو صحيحا ، أما الباطل فلا أجر فيه أصلا كما مر أول الباب فكيف يملك بالتعجيل ، وأما الفاسد فلا يجب الأجر فيه إلا بحقيقة الانتفاع كما مر مرارا فلا يملك بالتعجيل أيضا قبل العمل وبعد العمل يجب أجر المثل . وفرض المسألة هنا أنه لا أجر أصلا . وأما الصحيح فيملك الأجر فيه بالتعجيل مع الإفراز وهنا حصل في ضمن التسليم ، إذ لو أفرزه وسلمه إلى الأجير ثم خلطه وحمل الكل معا جاز كما قدمناه آنفا عن جواهر الفتاوى إلا أن يقال (١) العقد صحيحا ثم طرأ عليه الفساد عند العمل قبل الإفراز ، وحينئذ فقول الزيلعي : إن هذه الإجارة فاسدة ، أي مآلا ، أما في الحال فهي صحيحة فليتأمل .

مطلب يخص القياس والأثر بالعرف العام دون الخاص

(قوله كما زعمه مشايخ بلخ) قال في التبيين : ومشايخ بلخ والنسفي يجيزون حمل الطعام ببعض المحمول

---

(١) (قوله إلا أن يقال الخ) صريح في أن بطلان الملك إنما جاء من عدم الإفراز وهو يقتضي اشتراط الإفراز ، قال شيخنا : ولا قائل به في عقود المعاوضة . وقد رأيت في تكملة الفتح معزيا لشرح الجامع للإمام السرخسي ما هو قريب من جواب المصنف ، أي وجواب المصنف فيه التصريح بالملك بدون اشتراط للإفراز ، وأن الفساد لم يجئ من عدم الإفراز بل من جهة أخرى ، ولا يخفى أن كلام السرخسي حجة فيكون جوابه نصاً في المسألة فليكن التعويل عليه اهـ .

فيفضى للمنازعة ، حتى لو قال فى اليوم أو على أن تفرغ منه اليوم جازت إجماعا (أو أرضا بشرط أن يثنيها) أى يحرثها (أو يكرى أنهارها) العظام

ونسج الثوب ببعض المنسوج لتعامل أهل بلادهم بذلك ، ومن لم يجوّزه قاسه على قفيز الطحان : والقياس يترك بالتعارف. ولئن قلنا إنه ليس بطريق القياس بل النص يتناوله دلالة فالنص يخص بالتعارف ألا ترى أن الاستصناع ترك القياس فيه ، وخص من القواعد الشرعية بالتعامل ، ومشايخنا رحمهم الله لم يجوزوا هذا التخصيص ، لأن ذلك تعامل أهل بلدة واحدة وبه لا يخص الأثر ، بخلاف الاستصناع فإن التعامل به جرى فى كل البلاد ، وبمثله يترك القياس ويخص الأثر اه : وفى العناية : فإن قيل لا نتركه بل يخص عن الدلالة بعض ما فى معنى قفيز الطحان بالعرف كما فعل بعض مشايخ بلخ فى الثياب لجريان عرفهم بذلك. قلت : الدلالة لاعموم لها حتى تخص اه ط (قوله فيفضى للمنازعة) فيقول المؤجر المعقود عليه العمل والوقت ذكر للتعجيل ويقول المستأجر بل هو الوقت والعمل للبيان . وقال الصاحبان : هى صحيحة ، ويقع العقد على العمل ، وذكر الوقت للتعجيل تصحيحا للعقد عند تعذر الجمع بينهما فترتفع الجهالة . وظاهر كلام الزيلعى ترجيح قولهما وهذا إذا أخر الأجرة ، أما إذا وسطها فالمعقود عليه المتقدم لتمام العقد بذكر الأجر ثم المتأخر إن كان وقتا فللتعجيل ، وإن كان عملا فلبيان العمل فى ذلك الوقت فلا يفسد كما نقله ابن الكمال عن الخانية ومثله فى القهستانى عن الكرمانى. وزاد عن المنية وإذا قدمها فسد أيضا :

ثم اعلم أن هذا الخلاف أيضا فيما إذا كان العمل مبين المقدار معلوما حتى يصلح لكونه معقودا عليه فيزاحم الوقت فيفسد ولذا قال ليخبز له كذا قفيز دقيق ، فلو لم يبين صح لأنه لجهالته كأنه لم يذكر إلا الوقت ، كما إذا استأجر رجلا يوما ليبنى له بالآجر والجص جاز بلا خلاف ، فلو بين العمل على وجه يجوّز إيراد العقد عليه بأن بين قدر البناء لايجوز عند الإمام كما ذكره فى الأصل ، وحينئذ فلا يشكل ما سيأتى فى بحث الأجير الخاص لو استأجره شهرا لرعى الغنم بكذا صح مع أن فيه الجمع بين المدة والعمل لأنه لم يبين قدر الغنم المرعى كما نبه عليه العلامة الطورى فاحفظه (قوله جازت إجماعا) أما فى الأول وهو رواية عن الإمام كما ذكره الزيلعى فلأن كلمة فى للظرف لالتقدير المدة فلا تقتضى الاستغراق فكان المعقود عليه العمل وهو معلوم، بخلاف ما إذا حذفت فإنه يقتضى الاستغراق ، وقد مر نظيره فى الطلاق فى قوله أنت طالق غدا أو فى الغد : وأما فى الثانى فلأن اليوم لم يذكر مقصودا كالعمل حتى يضاف العقد إليهما بل ذكر لإثبات صفة فى العمل والصفة تابعة للموصوف غير مقصودة بالعقد كما فى التبيين (قوله بشرط أن يثنيها) فى القاموس ثناه تثنية جعله اثنين اه وهو على حذف مضاف أى يثنى حرثها :

وفى المنح إن كان المراد أن يردها مكروبة فلا شك فى فساده ، وإلا فإن كانت الأرض لا تخرج الريع إلا بالكراب مرتين لا يفسد وإن مما تخرج بدونه ، فإن كان أثره يبقى بعد انتهاء العقد يفسد لأن فيه منفعة لرب الأرض وإلا فلا اه ملخصا . وذكر فى التاترخانية عن شيخ الإسلام ما حاصله أن الفساد فيما إذا شرط ردها مكروبة بكراب يكون فى مدة الإجارة ، أما إذا قال على أن تكربها بعد مضى المدة أو أطلق صح وانصرف إلى الكراب بعده . قال : وفى الصغرى واستفدنا هذا التفصيل من جهته وبه يفتى اه :

قلت : ووجهه أن الكراب يكون حينئذ من الأجرة تأمل (قوله أى يحرثها) فالحرث هو الكرب وهو إثارة الأرض للزراعة كالكراب قاموس (قوله أو يكرى) من باب رمى أى يحفر (قوله العظام) لأن أثره يبقى

(أو يسرقنها) لبقاء أثر هذه الأفعال لرب الأرض ، فلو لم تبق لم تفسد (أو) بشرط (أن يزرعها بزراعة أرض أخرى) لما يجىء أن الجنس بانفراده يحرم النساء ، وقوله (فسدت) جواب الشرط وهو قوله ولو دفع الخ (وصحت لو استأجرها على أن يكربها ويزرعها أو يسقيها ويزرعها) لأنه شرط يقتضيه العقد

(ولو) استأجره (لحمل طعام) مشترك (بينهما فلا أجر له) لأنه لايعمل شيئا لشريكه إلا ويقع بعضه لنفسه فلا يستحق الأجر (كراهن استأجر الرهن من المرتهن) فإنه لا أجر له لنفعه بملكه. وفى جواهر الفتاوى: ولو استأجر حماما فدخل المؤجر مع بعض أصدقائه الحمام لا أجر عليه لأنه يسترد بعض المعقود عليه وهو منفعة الحمام فى المدة ، ولا يسقط شيء من الأجرة لأنه ليس بمعلوم :

(استأجر أرضا ولم يذكر أنه يزرعها

إلى القابل عادة ، بخلاف الجداول أى الصغار فلا تفسد بشرط كربها هو الصحيح ابن كمال (قوله أو يسرقنها) أى يضع فيها السرقين وهو الزبل لتهييج الزرع ط (قوله فلو لم تبق) بأن كانت المدة طويلة لم تفسد لأنه لنفع المستأجر فقط (قوله أو بشرط أن يزرعها الخ) أى استأجر أرضا ليزرعها وتكون الأجرة أن يزرع المؤجر أرضا أخرى هى للمستأجر لا يجوز عندنا منح فهو إجارة المنفعة بالمنفعة المتحدة ، وسيأتى الكلام فيها (قوله لما يجىء) أى قريبا ح (قوله أن الجنس بانفراده يحرم النساء) والزراعة المطلقة من جنس الزراعة المطلقة :

فإن قلت : العين قائمة مقام المنفعة على ما هو مقرر فلم يوجد النساء : قلنا : العين إنما تقام مقام المنفعة على خلاف القياس للضرورة وذلك فيما إذا وقعت المنفعة معقودا عليها وهى فى مسألتنا مالم يصحبه الباء فما صحبه لاتقام العين فيه مقام المنفعة فبقى على الأصل فكان نسيئة ج (قوله لأنه شرط يقتضيه العقد) لأن نفعه للمستأجر فقط (قوله فلا أجر له) أى لا المسمى ولا أجر المثل زيلعى ، لأن الأجر يجب فى الفاسدة إذا كان له نظير من الإجارة الجائزة وهذه لا نظير لها إتقانى ، وظاهر كلام قاضيخان فى الجامع أن العقد باطل لأنه قال لاينعقد العقد تأمل (قوله لأنه لايعمل الخ) فإن قيل : عدم استحقاقه للأجر على فعل نفسه لايستلزم عدمه بالنسبة إلى ما وقع لغيره : فالجواب أنه عامل لنفسه فقط لأنه الأصل وعمله لغيره مبنى على أمر مخالف للقياس فاعتبر الأول ، ولأنه ما من جزء يحمله إلا وهو شريك فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه لأنه يمنع تسليم العمل إلى غيره فلا أجر عناية وتبيين ملخصا :

وفى غاية البيان : طعام بين اثنين ولأحدهما سفينة فاستأجر الآخر نصفها بعشرة دراهم جاز ، وكذا لو أراد أن يطحنا الطعام فاستأجر نصف الرحى الذى لشريكه أو استأجر أنصاف جواليقه هذه ليحمل هذا الطعام إلى مكة جاز ، ولو استأجر عبد صاحبه أو دابة عبد صاحبه أو دابته ليحمله أو استأجر العبد لحفظ الطعام لا يجوز سواء استأجر العبد أو الدابة كله أو نصفه ولا أجر له ، والأصل أن كل ما لا يستحق الأجر إلا بإيقاع عمل فى العين المشتركة لايجوز ، وكل ما يستحق بدونه يجوز فإنه تجب الأجرة بوضع العين فى الدار والسفينة والرحى لا بإيقاع عمل اه ملخصا أى فإن للعبد والدابة عملا فى العين المشتركة وهو الحمل أو الحفظ ، أما السفينة مثلا فلا عمل لها أصلا (قوله لنفعه بملكه) الذى ينبغى أن يقول لانتفاعه بملكه ح ، وإنما كان كذلك لأن المرتهن غير مالك للمنافع فلا يملك تمليكها وإنما هى للراهن ولكنه ممنوع من الانتفاع لتعلق حق المرتهن فإذا آجره فقد أبطل حقه (قوله لأنه يسترد الخ) بيانه أنه قد باعه منفعة الحمام مدة معلومة وقد استوفى المؤجر بعضها فانفسخ بقدره ثم الأجرة تثبت فى ذمة المستأجر بالعقد ، والقدر الذى فسخت فيه غير معلوم ولا يمكن إسقاط شيء بحسابه للجهالة فبقى جميع

أو أى شيء يزرعها) فسدت إلا أن يعمم، بخلاف الدار لوقوعه على السكنى كما مر، وإذا فسدت (فزرعها فمضى الأجل) عاد صحيحا (فله المسمى) استحسانا، وكذا لو لم يمض الأجل لارتفاع الجهالة بالزراعة قبل تمام العقد.

قلت: فلوحذف قوله فمضى الأجل كقاضيخان فى شارح الجامع لكان أولى (وإن استأجر حمارا إلى بغداد ولم يسم حمله فحمله المعتاد فهلك) الحمار (لم يضمن) لفساد الإجارة، فالعين أمانة كما فى الصحيحة (فإن بلغ فله المسمى) لما مر فى الزراعة (فإن تنازعا قبل الزرع) فى مسألة الزراعة (أو الحمل) فى مسألتنا (فسخت الإجارة دفعا للفساد) لقيامه بعد.

(استأجر دابة ثم جحد الإجارة فى بعض الطريق وجب عليه أجر ما ركب قبل الإنكار، ولا يجب لما بعده) عند أبى يوسف لأنه بالجحود صار غاصبا والأجر والضمان لا يجتمعان، وعند محمد يجب المسمى درر وكأنه

الأجرة على المستأجر رحمتى (قوله أو أى شيء يزرعها) أى أو ذكر أنه يزرعها ولم يذكر أى شيء يزرع (قوله كما مر) أى أول باب ما يجوز من الإجارة، وهذه المسألة فى الحقيقة تصريح بمفهوم قوله هناك وأرض للزراعة الخ (قوله عاد صحيحا) كذا فى الملتقى والغرر والإصلاح والمنح: واعترضه فى الشرنبلالية بأن صحة العقد لاتتوقف على مضى الأجل بعد الزراعة بل إذا زرع ارتفعت الجهالة اهـ.

أقول: إنما ذكره ليفرع عليه قوله فله المسمى، فإنه لو بقى فاسدا وجب أجر المثل (قوله وكذا لولم يمض الأجل) أى يعود صحيحا، وهو إشارة إلى ماقدمناه عن الشرنبلالى، ومنشأ الاعتراض زيادة قوله عاد صحيحا، وإنما ذكره ثم اعترضه لأن المصنف ذكره فى تقرير شرح متنه فكان مرادا له: وقد يدفع الاعتراض بأن عوده صحيحا بعد الزرع ومضى الأجل صحيح أى بعد مجموع هذين الشيئين فليس فيه مايقتضى توقف عوده صحيحا على مضى الأجل فتأمل (قوله قبل تمام العقد) أى قبل تمام مدته، وقول العناية قبل تمام العقد بنقض الحاكم مما لاتقبله الفطرة السليمة فإنه ينفسخ من الأصل بنقض الحاكم فكيف يتم به وتمام الشيء من آثار بقائه طورى (قوله كقاضيخان) وعبارته: فإن زرعها فله ماسمى من الأجر لأنه عاد جائزا وهذا استحسان، لأن الإجارة تنعقد ساعة فساعة على حساب حدوث المنفعة، والفساد كان لأجل الجهالة فإذا ارتفعت كان الارتفاع فى هذه الساعة كالارتفاع فى وقت العقد فيعود جائزا (قوله فحمله المعتاد) خرج غير المعتاد فيضمن إن هلك كما فى الإتقانى (قوله لفساد الإجارة الخ) كذا فى الدرر والمنح، والأولى قول الهداية لأن العين أمانة وإن كانت الإجارة فاسدة (قوله لما مر فى الزراعة) أى من ارتفاع الجهالة قبل تمام العقد، وظاهره أنها تنقلب صحيحة بمجرد حمل المعتاد قبل بلوغه إلى بغداد وبه صرح الإتقانى، وتقدم فى كلام الشارح فى باب مايجوز من الإجارة حيث قال: ولولم يبين من يركبها فسدت للجهالة وتنقلب صحيحة بركوبها اهـ وهو مخالف لما تقدم عن الهداية آنفا تأمل (قوله فسخت) أى أبطلها القاضى لأن العقد الفاسد يجب نقضه وإبطاله ذخيرة (قوله دفعا للفساد) الأولى رفعا بالراء، كان دفعا بالدال لأن الفساد قائم يحتاج إلى الرفع لاغير قائم حتى يحتاج إلى الدفع فافهم إتقانى (قوله لقيامه بعد) أى فى الحال ط (قوله والأجر والضمان لايجتمعان) أى أجر مابعد الجحود مع ضمان الدابة لو هلكت بعد الجحود ح.

قلت: وأما أجر ماقبل الجحود فيجب وإن هلكت بعده ولايلزم اجتماعهما لاختلاف الجهة كما مر نظيره تأمل (قوله وعند محمد يجب المسمى) أى إن سلمت الدابة. قال المقدسى فى شرح الكنز: وأوجب محمد الأجر لأنه سلم من الاستعمال فسقط الضمان كذا فى التبيين وشروح المجمع. وأنت خبير بأن المسألة السابقة ونظائرها تؤيد ماقال ح.

لا قول للإمام . وفى الأشباه : قصر الثوب المجحود ، فإن قبله فله الأجر وإلا لا وكذا الصباغ والنساج :

(إجارة المنفعة بالمنفعة تجوز إذا اختلفا) جنسا كاستئجار سكنى دار بزراعة أرض (وإذا اتحدا لا) تجوز كإجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب ونحو ذلك ، لما تقرر أن الجنس بانفراده يحرم النساء فيجب أجر المثل باستيفاء النفع كما مر لفساد العقد :

(استأجره ليصيد له أو يحتطب له ، فإن) وقت لذلك (وقتا جاز) ذلك (وإلا لا) فلو لم يوقت وعين الحطب فسد (إلا إذا عين الحطب وهو) أى الحطب (ملكه فيجوز) مجتبى ، وبه يفتى صيرفية .

[فروع] استأجر امرأته لتخبز له خبزا للأكل لم يجز ، وللبيع جاز صيرفية :

قلت : وفيه نظر فإنه فى المسألة السابقة غير غاصب لإقراره بالإجارة وانقلابها صحيحة بارتفاع الجهالة كما مر :

مطلب يجب الأجر فى استعمال المعد للاستغلال ولو غير عقار

نعم ينبغى وجوب الأجر لو مدة للاستغلال فإنه لا يختص بالعقار كما وهم ، وقد أفتى فى الحامدية بوجوب الأجر على مستعمل دابة المكارى مستندا للنقل كما سنذكره فى الغصب ، ومثله فى المرادية فتنبه (قوله وفى الأشباه الخ) كلام مجمل ، وبيانه مافى الولوالجية : رجل دفع ثوبا إلى قصار ليقصره فجحده ثم جاء به مقصورا وأقر بذلك ، إن قصره قبل الجحود له الأجر لأن العمل وقع لصاحب الثوب ، وإن بعده لا لوقوع العمل للعامل لأنه غاصب بالجحود ولو كان صباغا ، والمسألة بحالها إن صبغه قبل الجحود له الأجر ، وإن بعده إن شاء رب الثوب أخذه وأعطاه قيمة مازاد الصبغ فيه ، وإن شاء تركه وضمنه قيمته أبيض ، ولو دفع غزلا إلى نساج والمسألة بحالها ، إن نسجه قبل الجحود له الأجر ، وإن بعده لا أجر له والثوب للنساج وعليه قيمة الغزل ، كما إذا كان حنطة فطحنها (قوله إجارة المنفعة الخ) هذه أعم من قوله السابق أو أن يزرعها بزراعة أرض أخرى (قوله كإجارة السكنى بالسكنى) أى سكنى دار بأخرى ، فلو بحانوت يصح للاختلاف منفعة ، وقيل لا يصح . ومعاوضة البقر بالبقر فى الأكداس لا تجوز لاتحاد الجنس ، والبقر بالحمير يجوز لاختلاف الجنس جامع الفصولين . والكدس : بالضم الحب المحصود المجموع قاموس . وفى شرح قاضيخان : وخدمة العبد والأمة جنس واحد ، فإن خدم أحد هذين دون الآخر فى رواية يجب أجر المثل ، وفى رواية لا يجب شىء اهـ . وفى التاترخانية : إذا قوبلت المنفعة بجنسها واستوفى الآخر عليه أجر المثل فى ظاهر الرواية وعليه الفتوى (قوله لما تقرر الخ) تقدم الكلام فيه ، وعلل بعلة أخرى وهى أن عنده من ذلك الجنس ملكا والإجارة جوزت على خلاف الجنس للحاجة (قوله لفساد العقد) الأولى أن يقول بحكم عقد فاسد ويكون الجار متعلقا باستيفاء ط (قوله جاز) لأنه أجير وحد وشرطه بيان الوقت (قوله وإلا لا) أى والحطب للعامل ط (قوله فسد) قال فى الهندية : ولو قال هذا الحطب فالإجارة فاسدة والحطب للمستأجر وعليه أجر مثله اهـ ط (قوله وبه يفتى صيرفية) قال فيها : إن ذكر اليوم فالعاقد للآمر وإلا فللمأمور ، وهذه رواية الحاوى وبه يفتى . قال فى المنح : وهذا يوافق ماقدمناه عن المجتبى ومن ثم عولنا عليه فى المختصر (قوله لم يجز) لأن هذا العمل من الواجب عليها ديانة «لأن النبى صلى الله عليه وسلم قسم الأعمال بين فاطمة وعلى ، فجعل عمل الداخل على فاطمة وعمل الخارج على على» وأفاد المصنف آخر الباب أن استئجار المرأة للطبخ والخبز وسائر أعمال البيت لا تنعقد ونقله عن المضمرات ط :

قلت : كأنه لأنه واجب عليها ديانة ، ثم راجعت باب النفقة فرأيته عال به وزاد ولو شريفة لأنه عليه الصلاة والسلام قسم الأعمال الخ ، وهذا يدل على ماقدمناه من أن المفتى به عند المتأخرين فى الاستئجار على الطاعات

أجرت دارها لزوجها فسكناها فلا أجر أشباه وخانية .

قلت : لكن فى حاشيتها تنوير البصائر عن المضمرات معزيا للكبرى قال قاضيخان : هذا الفتوى على الصحة لتبعيتها له فى السكنى فليحفظ .

وجاز إجارة الماشطة لتزين العروس إن ذكر العمل والمدة بزازية . وجاز إجارة القناة والنهر مع الماء به يفتى لعموم البلوى مضمرات اه .

مانصوا عليه لا كل طاعة (قوله فلا أجر) لأن منفعة السكنى تعود إليها ، ولأن الزوج يخرج من الدار فى بعض الأوقات وعسى أن يكون عامة نهاره فى السوق وتكون الدار فى يد المرأة خانية (قوله قال قاضى خان) ذكره فى شرحه على الجامع الصغير، وفى الزيادات له: وما تقدم ذكره فى فتاواه أفاده المصنف فى المنح ، وحيث ذكره فى شرحه كان هو المعتمد ولهذا قال الشيخ شرف الدين قوله لا أجر . أقول : هذا قول والمفتى به وجوبه الخ (قوله لتبعيتها له فى السكنى) فلا تمنع من التخلية والتسليم (قوله والمدة) عبر فى الذخيرة وغيرها بأو فالواو هنا بمعناها.

مطلب فى استئجار الماء مع القناة واستئجار الآجام والحياض للسمك

(قوله والنهر) هو مجرى الماء (قوله مع الماء) أى تبعا . قال فى كتاب الشرب من البزازية : لم تصح إجارة الشرب لوقوع الإجارة على استهلاك العين مقصودا إلا إذا آجر أو باع مع الأرض فحينئذ يجوز تبعا ، ولو باع أرضا مع شرب أرض أخرى عن ابن سلام أنه يجوز ، ولو آجر أرضا مع شرب أرض أخرى لا يجوز وتمامه فيه (١).

مطلب الإجارة إذا وقعت على العين لا تصح والحيلة فيه

وذكر هنا الإجارة إذا وقعت على العين لا تصح ، فلا تجوز على استئجار الآجام والحياض لصيد السمك أو رفع القصب وقطع الحطب أو لسقى أرضها أو لغنمه منها ، وكذا إجارة المرعى . والحيلة فى الكل أن يستأجر موضعا معلوما لعطن الماشية ويبيح الماء والمرعى ، وإنما يحتاج إلى إباحة ماء البئر والعين إذا أتى الشرب على كل الماء وإلا فلا حاجة إلى الإذن إذا لم يضر بحريم البئر أو النهر . استأجر نهرا يابسا أو أرضا أو سطحا مدة معلومة ولم يقل شيئا صح وله أن يجرى فيه الماء اه .

مطلب فى أجرة الدلال

[تتمة] قال فى التاترخانية : وفى الدلال والسمسار يجب أجر المثل ، وماتوا ضعوا عليه أن فى كل عشرة دنانير كذا فذاك حرام عليهم . وفى الحاوى : سئل محمد بن سلمة عن أجرة السمسار ، فقال : أرجو أنه لا بأس به وإن كان فى الأصل فاسدا لكثرة التعامل وكثير من هذا غير جائز ، فجوزوه لحاجة الناس إليه كدخول الحمام . وعنه قال : رأيت ابن شجاع يقاطع نساجا ينسج له ثيابا فى كل سنة .

مطلب أسكن المقرض فى داره يجب أجر المثل

وفى الخانية : رجل استقرض دراهم وأسكن المقرض فى داره ، قالوا : يجب أجر المثل على المقرض ، لأن المستقرض إنما أسكنه فى داره عوضا عن منفعة القرض لا مجانا وكذا لو أخذ المقرض من المستقرض حمارا ليستعمله

---

(١) (قوله وتمامه فيه الخ) قال شيخنا : والفرق بين البيع والإجارة أن الإجارة هى بيع المنافع فتكون واردة على استهلاك العين فيه ، بخلاف البيع فإن المقصود منه تملك الأعيان والشرب عين يصح إيراد العقد عليه اه .

باب ضمان الأجير

(الأجراء على ضربين : مشترك وخاص ، فالأول من يعمل لا لواحد) كالخياط ونحوه (أو يعمل له عملا غير موقت) كأن استأجره للخياطة فى بيته غير مقيدة بمدة كان أجيرا مشتركا وإن لم يعمل لغيره (أو موقتا بلا تخصيص) كأن استأجره ليرعى غنمه شهرا بدرهم كان مشتركا ، إلا أن يقول ولا ترعى غنم غيرى وسيتضح.

وفى جواهر الفتاوى : استأجر حائكا لينسج ثوبا ثم آجر الحائك نفسه من آخر للنسج صح كلا العقدين لأن المعقود عليه العمل لا المنفعة (ولا يستحق المشترك الأجر حتى يعمل كالقصار ونحوه) كفتال وحمال ودلال وملاح ، وله خيار الرؤية فى كل عمل يختلف باختلاف المحل

إلى أن يرد عليه الدراهم اه وهذه كثيرة الوقوع ، والله تعالى أعلم :

باب ضمان الأجير

لما فرغ من ذكر أنواع الإجارة صحيحها وفاسدها شرع فى بيان الضمان لأنه من جملة العوارض التى تترتب على عقد الإجارة فيحتاج إلى بيانها كذا فى غاية البيان ؛ ولا يخفى أن معنى ضمان الأجير إثباتا ونفيا ، ولو لم يكن معناه ذلك بل إثبات الضمان فقط لزم أن لايصح عنوان الباب على قول الإمام أصلا لأنه لاضمان عنده على أحد من الأجير المشترك والخاص طورى :

مبحث للأجير المشترك

(قوله فالأول الخ) قال فى العناية : والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دورى اه يعنى لو قدم الخاص لتوجه السؤال عن سبب تقديمه على المشترك أيضا ، لأن لتقديم كل منهما على الآخر وجها ؛ أما المشترك فلأنه بمنزلة العام بالنسبة إلى الخاص مع كثرة مباحثه ، وأما الخاص فلأنه بمنزلة المفرد من المركب ، لكن تقديم المشترك هنا أولى لأن الباب باب ضمان الأجير وذلك فى المشترك فتأمل ، فإن بما ذكر لم يظهر وجه اختيار تقديم المشترك كما لايخفى وكان لابد منه سعدية (قوله من يعمل لالواحد) قال الزيلعى : معناه من لايجب عليه أن يختص بواحد عمل لغيره أولم يعمل ، ولا يشترط أن يكون عاملا لغير واحد ، بل إذا عمل لواحد أيضا فهو مشترك إذا كان بحيث لايمتنع ولا يتعذر عليه أن يعمل لغيره (قوله ونحوه) أتى به وإن أغنت عنه الكاف لئلا يتوهم أنها استقصائية فافهم. قال الطورى : وفى العتابية المشترك الحمال والملاح والحائك والخياط والنداف والصباغ والقصار والراعى والحجام والبزاغ والبناء والحفار اه (قوله وسيتضح) أى فى بحث الأجير الخاص ، لكنه هناك أحال تحقيقه على الدرر وسنذكره إن شاء الله تعالى (قوله وفى جواهر الفتاوى الخ) أراد به التنبيه على حكم الأجير المشترك والمعقود عليه ، قال الزيلعى : وحكمهما أى المشترك والخاص أن المشترك له أن يتقبل العمل من أشخاص لأن المعقود عليه فى حقه هو العمل أو أثره فكان له أن يتقبل من العامة لأن منافعه لم تصر مستحقة لواحد ، فمن هذا الوجه سمى مشتركا والخاص لايمكنه أن يعمل لغيره لأن منافعه فى المدة صارت مستحقة للمستأجر والأجر مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الأجر مستحقا وإن نقض العمل اه . قال أبو السعود : يعنى وإن نقض عمل الأجير رجل ، بخلاف مالو كان النقض منه فإنه يضمن كما سيأتى (قوله حتى يعمل)لأن الإجارة عقد معاوضة فتقتضى المساواة بينهما ، فما لم يسلم المعقود عليه للمستأجر لايسلم له العوض والمعقود عليه هو العمل أو أثره على مابينا فلابد من العمل زيلعى والمراد لايستحق الأجر مع قطع النظر عن أمور خارجية ؛ كما إذا عجل له الأجر أوشرط

مجتبى (ولا يضمن ما هلك فى يده وإن شرط عليه الضمان) لأن شرط الضمان فى الأمانة باطل كالمودع (وبه يفتى) كما فى عامة المعتبرات ، وبه جزم أصحاب المتون فكان هو المذهب خلافا للأشباه :

تعجيله كما فى السعدية ، وقدمناه أوائل كتاب الإجارة ، وتقدم هناك أنه لو طلب الأجر إذا فرغ وسلمه فهلك قبل تسليمه يسقط الأجر ، وكذا كل من لعمله أثر ، وما لا أثر له كحمال له الأجر كما فرغ وإن لم يسلم (قوله مجتبى) عبارته : شارط قصارا على أن يقصر له ثوبا مرويا بدرهم ورضى به فلما رأى الثوب القصار قال لا أرضى فله ذلك وكذا الخياط ، والأصل فيه أن كل عمل يختلف باختلاف المحل يثبت فيه خيار الرؤية عند رؤية المحل وما لا فلا ، كمن استأجر ليكيل له هذه الحنطة أو يحجم عبده فلما رأى محل العمل امتنع ليس له ذلك ثم قال : والأصل أن الاستئجار على عمل فى محل هو عنده جائز وما ليس عنده فلا كبيع ما ليس عنده(١) اهـ منح ، ومثله فى البزازية قبيل الخامس (قوله ولا يضمن الخ) اعلم أن الهلاك إما بفعل الأجير أولا ، والأول إما بالتعدى أولا : والثانى إما أن يمكن الاحتراز عنه أولا ، ففى الأول بقسميه يضمن اتفاقا ، وفى ثانى الثانى لا يضمن اتفاقا وفى أوله لا يضمن عند الإمام مطلقا ويضمن عندهما مطلقا: وأفتى المتأخرون بالصلح على نصف القيمة مطلقا ، وقيل إن مصلحا لا يضمن وإن غير مصلح ضمن ، وإن مستورا فالصلح اهـ ح والمراد بالإطلاق فى الموضعين المصلح وغيره :

مطلب يفتى بالقياس على قوله

وفى البدائع : لا يضمن عنده ماهلك بغير صنعه قبل العمل أو بعده لأنه أمانة فى يده وهو القياس : وقالا يضمن إلا من حرق غالب أو لصوص مكابرين وهو استحسان اهـ : قال فى الخيرية : فهذه أربعة أقوال كلها مصححة مفتى بها ، وما أحسن التفصيل الأخير والأول قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى : وقال بعضهم : قول أبى حنيفة قول عطاء وطاوس وهما من كبار التابعين ، وقولهما قول عمر وعلى وبه يفتى احتشاما لعمر وعلى وصيانة لأموال الناس ، والله أعلم اهـ : وفى التبيين : وبقولهما يفتى لتغير أحوال الناس ، وبه يحصل صيانة أموالهم اهـ : لأنه إذا علم أنه لا يضمن ربما يدعى أنه سرق أو ضاع من يده : وفى الخانية والمحيط والتتمة : الفتوى على قوله ، فقد اختلف الإفتاء ، وقد سمعت ما فى الخيرية : وقال ابن ملك فى شرح المجمع : وفى المحيط : الخلاف فيما إذا كانت الإجارة صحيحة فلو فاسدة لا يضمن اتفاقا ، لأن العين حينئذ تكون أمانة لكون المعقود عليه وهو المنفعة مضمونة بأجر المثل اهـ :

قلت : ومحل الخلاف أيضا فيما إذا كان الهالك محدثا فيه العمل كما فى الجوهرة للحدادى أو لا يستغنى عنه ما يحدث فيه العمل ، لما فى البدائع : روى هشام عن محمد فيمن دفع إلى رجل مصحفا يعمل فيه ودفع الغلاف معه أو سكينا ليصقله ودفع الجفن معه ، قال محمد : يضمن المصحف والغلاف والسيف والجفن لأن المصحف والسيف لا يستغنيان عن الغلاف والجفن ، فإن أعطاه مصحفا يعمل له غلافا أو سكينا يعمل له نصابا فضاع المصحف أو السكين لم يضمنه لأنه لم يستأجره على أن يعمل فيهما بل فى غيرهما اهـ (قوله وبه جزم أصحاب المتون) كالوقاية والملتقى والغرر والإصلاح ، فكلهم صرحوا بعدم الضمان وإن شرطه : وأما القدورى والهداية والكنز والمجمع فأطلقوا عدم الضمان فيفهم ذلك من كلامهم (قوله خلافا للأشباه) أى من أنه إن شرط ضمانه ضمن

---

(١) (قوله عنده) أى عند المستأجر اهـ منه .

وأفتى المتأخرون بالصلح على نصف القيمة ، وقيل إن الأجير مصلحا لا يضمن ، وإن بخلافه يضمن ، وإن مستور الحال يؤمر بالصلح عمادية .

قلت : وهل يجبر عليه ؟ حرر فى تنوير البصائر نعم كمن تمت مدته فى وسط البحر أو البرية تبقى الإجارة بالجبر (و) يضمن (ماهلك بعمله كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وغرق السفينة) من مده جاوز المعتاد أم لا بخلاف الحجام

إجماعا ح : وهو منقول عن الخلاصة ، وعزاه ابن ملك للجامع (قوله وأفتى المتأخرون بالصلح) أى عملا بالقولين ومعناه عمل فى كل نصف بقول حيث حط النصف وأوجب النصف بزازية : قال فى شرح الملتقى . قال الزاهدى : على هذا أدركت مشايخنا بخوارزم وأقره القهستانى اه : وفى جامع الفصولين منهم شمس الأئمة الأوزجندى وأئمة فرغانة (قوله وقيل إن الأجير مصلحا الخ) عزاه فى جامع الفصولين إلى فوائد صاحب المحيط (قوله وهل يجبر عليه) أى على الصلح (قوله حرر فى تنوير البصائر نعم) حيث قال : فإن قلت كيف يصح الصلح جبرا . قلت : الإجارة عقد يجرى فيها الجبر بقاء ألا ترى أن من استأجر دابة أو سفينة مدة معلومة وانقضت مدتها فى وسط البرية أو فى لجة البحر فإنها تبقى الإجارة بالجبر ولا يجرى الجبر فى ابتدائها ، وهذه الحالة حالة البقاء فيجرى فيها الجبر اه ع

قلت : هذا السؤال والجواب مذكوران فى البزازية بالحرف مع زيادة فى الجواب ، ذكرهما صاحب البزازية بعد قوله وبعضهم أفتوا بالصلح ، ثم قال بعدهما : ولا يرد ماقاله فى العون ربما لايقبلان : أى الأجير والمستأجر الصلح فاخترت قول الإمام ، لما قلنا إن الصلح مجاز عن الحط : ثم قال فى البزازية : وأئمة سمرقند أفتوا بجواز الصلح بلا جبر اه : فعلم أنهما قولان فى الجبر وعدمه بدليل قوله حط النصف وأوجب النصف فإن الإيجاب جبرى والصلح فيه مجاز عن الحط كما علمت ، وهذا قول الأوزجندى وأئمة خوارزم وفرغانة كما مر ، والثانى قول أئمة سمرقند ، فما فى المنح مما يفيد أن الإمام ظهير الدين رجع عن القول بالجبر لايدل على أن القول به مهجور ، إلا أن ينقل الرجوع عن كل من قال به فافهم (قوله تبقى الإجارة بالجبر) بيان لوجه الشبه الذى تضمنه الكاف ط ، وبحث فيه بعضهم بأنه قياس مع الفارق لتحقق الضرورة فى المقيس عليه (قوله ويضمن ماهلك بعمله) أى من غير قصد فى قول علمائنا الثلاثة ، ولا يستحق الأجرة لأنه ما أوفى بالمنفعة بل بالمضرة بدائع ، وعمل أجيره مضاف إليه فيضمنه وإن لم يضمن الأجير لأنه أجير وحد له مالم يتعد كما سيذكره آخر الباب (قوله من دقه) أى بنفسه أو بأجيره ، فلو استعان برب الثوب فتخرق ولم يعلم أنه من أى دق فعلى قول الإمام ينبغى عدم الضمان للشك ، وعن الثانى يضمن نصف النقصان كما لو تمسك به لاستيفاء الأجر فجذبه صاحبه فتخرق حموى عن الظهيرية ملخصا . قال فى التبيين : ثم صاحب الثوب إن شاء ضمنه غير معمول ولم يعطه الأجر ، وإن شاء ضمنه معمولا وأعطاه الأجر ط ملخصا (قوله وزلق الحمال) الظاهر أنه بالحاء المهملة والمراد الحمال على ظهره مثلا ، أما بالجيم فعلى تقدير مضاف أى جمل الجمال . قال فى شرحه على الملتقى : أى إذا لم يكن من زحمة الناس ، فلو منها لم يضمن خلافا لهما كما فى شرح المجمع . قال : وكذا يضمن لو ساق المكارى دابته فعثرت فسقطت الحمولة اه وكذا يضمن بانقطاع الحبل الذى يشد به المكارى كما فى الكنز والملتقى ، ولو كان الحبل لصاحب المتاع فالقطع لايضمن كذا فى التاترخانية : وفى البدائع : وكذا يضمن الراعى المشترك إذا ساق الدواب على السرعة فازدحمت على القنطرة أو الشط فدفع بعضها بعضا فسقطت فى الماء أو عطبت الدابة بسوقه أو ضربه ولو معتادا (قوله وغرق السفينة من مده) قيد بالمد لأنها لو غرقت من ريح أو موج أو شىء وقع عليها أو صدم جبل فهلك مافيها لايضمن فى قول الإمام رحمه الله. قلت : ويجب على المستأجر أجر ماسارت السفينة قبل الغرق بحسابه وفروع المذهب تشهد لذلك اه

ونحوه كما يأتى عمادية : والفرق فى الدرر وغيره على خلاف ما بحثه صدر الشريعة فتأمل ، لـكن قوى القهستانى قول صدر الشريعة فتنبه : وفى المنية هذا إذا لم يكن رب المتاع أو وكيله فى السفينة فإن كان لايضمن إذا لم يتجاوز المعتاد لأن محل العمل غير مسلم إليه : وفيها حمل رب المتاع متاعه على الدابة وركبها فساقها المـكارى

سرى الدين عن المجتبى وهذا إنما يظهر إذا كان المستأجر معه وإلا فلم يوجد تسليم وقد سبق أنه لاأجر للمشترك إلا به فتأمل ط (قوله ونحوه) كالبزاغ والفصاد (قوله والفرق فى الدرر وغيرها) حاصله أن بقوة الثوب ورقته يعلم مايتحمله من الدق بالإجتهاد فأمكن تقييده بالسلامة منه ، بخلاف الفصد ونحوه فإنه ينبنى على قوة الطبع وضعفه ولا يعرف ذلك بنفسه ولا مايتحمل من الجرح فلا يمكن تقييده بالسلامة فسقط اعتباره اه ح (قوله على خلاف مابحثه صدر الشريعة) حيث قال ينبغى أن يكون المراد بقوله ماتلف بعمله عملا جاوز فيه القدر المعتاد على مايأتى فى الحجام اه ح (قوله لـكن قوى القهستانى) حيث قال بل يضمن بعمله ماهلك من حيوان وغيره عملا غير مأذون فيه كالدق المخرق للثوب كما فى المحيط وغيره فهو غير معتاد بالضرورة ولذا فسر المصنف أى صدر الشريعة العمل به ، فمن الباطل ماظن أنه بطل تفسير المصنف بما فى الـكافى أن قوة الثوب ورقته مثلا تعرف بالاجتهاد فأمكن التقييد بالمصلح اه ح :

أقول : ومقتضى كلامه أن كل عمل متلف يكون غير معتاد فلا يصح تقييد صدر الشريعة ماتلف بعمله بقوله عملا غير معتاد ويبقى مخالفا لما فى الـكافى المفيد أن العمل المتلف قد يكون معتادا :

هذا والذى يظهر لى أنه لامنافاة بين كلامهم وأن الـكل يقولون إن المتلف للثوب غير معتاد ولـكن لما كان نحو الحجام ضمانه مقيد بغير المعتاد دون المعتاد أرادوا التنبيه على أن نحو القصار غير مقيد بهذا القيد ليفيدوا الفرق بينهما ، ولـكن الخروج عن المعتاد فى نحو الثوب لايظهر لنا إلا بالإتلاف ، فحيث كان متلفا علم أنه غير معتاد فيضمن لتقصيره فإن الماهر فى صنعته يدرك المتلف ، بخلاف نحو الحجام فإن لعمله محلا مخصوصا فإذا لم يتجاوزه لايضمن فإنه لايمكن إدراكه بمهارته فأنيط الضمان على مجاوزته المحل المخصوص ، فظهر بهذا أن كل متلف فى عمل نحو القصار خارج عن المعتاد يدل عليه مافى البدائع ، وهو أنه يمكنه التحرز بالاجتهاد بالنظر فى آلة الدق ومحله وإرسال المدقة على المحل على قدر مايحتمله مع الحذاقة فى العمل ، وعند مراعاة هذه الشرائط لايحصل الفساد فلما حصل دل أنه مقصر وهو فى حقوق العباد ليس بعذر اه : فعلم أنه لافرق بين الـكلامين وإن كان فى التعبير مسامحة فافهم (قوله فتنبه) لعله يشير إلى ماقلنا ، والله أعلم (قوله هذا إذا لم يكن الخ) الإشارة إلى الضمان المذكور فى المتن ضمنا :

مطلب ضمان الأجير المشترك مقيد بثلاثة شرائط

وحاصل مافى الطورى عن المحيط أن ضمان المشترك ماتلف مقيد بثلاثة شرائط : أن يكون فى قدرته رفع ذلك فلو غرقت بموج أو ريح أو صدمة جبل لايضمن وأن يكون محل العمل مسلما إليه بالتخلية ، فلو رب المتاع أو وكيله فى السفينة لايضمن ، وأن يكون المضمون مما يجوز أن يضمن بالعقد فلا يضمن الآدمى كما يأتى (قوله إذا لم يتجاوز المعتاد) ولم يتعمد الفساد شرنبلالية عن الخانية وكان بأمر يمكن التحرز عنه أفاده المـكى ط (قوله وركبها الخ) وكذا إذا كان هو والمـكارى راكبين على الدابة أو سائقين وقائدين لأن المتاع فى أيديهما فلم ينفرد الأجير باليد :

وروى بشر عن أبى يوسف : إذا سرق من رأس الحمال ورب المتاع يمشى معه لاضمان لأنه لم يخل بينه وبين

فعثرت وفسد المتاع لا يضمن إجماعا وقدمنا .

قلت عن الأشباه معزيا للزيلعي : إن الوديعة بأجر مضمونة فليحفظ (ولا يضمن به بنى آدم مطلقا ممن غرق فى السفينة أو سقط عن الدابة وإن كان بسوقه أوقوده) لأن الآدمى لا يضمن بالعقد بل بالجناية ولا جناية لإذنه فيه (وإن انكسر دن فى الطريق) إن شاء المالك (ضمن الحمال قيمته فى مكان حمله ولا أجر أو فى موضع الكسر وأجره بحسابه) وهذا لو انكسر بصنعه وإلا بأن زاحمه الناس فانكسر فلا ضمان خلافا لهما .

(ولا ضمان على حجام وبزاغ) أى بيطار (وفصاد لم يجاوز الموضع المعتاد ، فإن جاوز) المعتاد (ضمن الزيادة كلها إذا لم يهلك) المجنى عليه (وإن هلك ضمن نصف دية النفس) لتلفها بمأذون فيه وغير مأذون فيه فيتنصف ، ثم فرع عليه بقوله :

المتاع ، وقالوا : إذا كان المتاع فى سفينتين وصاحبه فى إحداهما وهما مقرونتان أولا إلا أن سيرهما وحبسهما جميعا لايضمن الملاح ، وكذا القطار إذا كان عليه حمولة وربها على بعير أن المتاع فى يد صاحبه لأنه الحافظ له بدائع ، وفيه كلام يأتى قريبا (قوله وقدمنا) أى فى كتاب الوديعة أراد به التنبيه على أن المودع بأجر يخالف الأجير المشترك وإن شرط عليه الضمان ، وكان الأولى ذكره عند قول المصنف ولا يضمن الخ كما فعل الزيلعى . وذكر الفرق بأن المعقود عليه فى الأجير المشترك هو العمل والحفظ واجب تبعا بخلاف المودع بأجر فإنه واجب عليه مقصوداً ببدل .

أقول : وذكر المصنف فى الوديعة أن اشتراط الضمان على الأمين باطل به يفتى اهـ . وفى البزازية : دفع إلى صاحب الحمام واستأجره وشرط عليه الضمان إذا تلف لاأثر له فيما عليه الفتوى لأن الحمامى عند اشتراط الأجر للحفظ والثيابى كالأجير المشترك اهـ (قوله مطلقا) أى صغيراً أو كبيراً على الصحيح كما فى التبيين ، وقيل عدم الضمان إذا كان كبيرا يستمسك على الدابة ويركب وحده وإلا فهو كالمتاع ط عن المكى (قوله بل بالجناية) ولهذا يجب على العاقلة وضمان العقود لاتتحمله العاقلة ابن كمال (قوله لإذنه فيه) أى من المستأجر أصيلا أو وليا لعبد أو صغير (قوله وإن انكسردن الخ) فى البزازية عن المنتقى : حمل متاعا وصاحبه معه فعثر وسقط المتاع ضمن لأن عثاره جناية يده . استأجر حمولة بعينها ورب المتاع معه فساق المكارى فعثرت الدابة ضمن عندنا لأنه أجير مشترك أفسده بيده اهـ ولينظر الفرق بينه وبين ماقدمناه عن البدائع ولعله اختلاف رواية أو محمول على ماإذا ساقها بعنف تأمل . ثم رأيت صاحب الذخيرة فرق بين ماإذا كان صاحب المتاع راكبا عليها فعثرت من سوق الأجير لايضمن وبين ماإذا كان يسير خلفها مع الأجير فيضمن وتمامه فيها (قوله فى الطريق) قيد به لما فى البدائع ، وإن حمله إلى بيت صاحبه ثم أنزله الحمال من رأسه وصاحب الزق فوقع من أيديهما ضمن ، وهو قول محمد الأول ثم رجع وقال لايضمن (قوله بصنعه) يشمل مالو زلقت رجله فى الطريق أو غيره فسقط وفسد حمله بدائع (قوله فلا ضمان) لأن المتاع أمانة عنده (قوله خلافا لهما) فيضمن قيمته فى موضع الكسر بلا خيار كما فى التبيين . وفى البدائع : ولو زحمه الناس حتى فسد لم يضمن بالإجماع لأنه لايمكنه حفظ نفسه عن ذلك فكان بمعنى الحرق الغالب ولو كان الحمال هو الذى زاحم الناس ضمن عند علمائنا الثلاثة اهـ فتأمل (قوله أى بيطار) فهو خاص بالبهائم (قوله لم يجاوز الموضع المعتاد) أى وكان بالإذن .

قالَ في الكافي : عبارة المختصر ناطقة بعدم التجاوز وساكتة عن الإذن ، وعبارة الجامع الصغير ناطقة بالإذن

(فلو قطع الختان الحشفة وبرئ المقطوع تجب عليه دية كاملة) لأنه لما برئ كان عليه ضمان الحشفة وهي عضو كامل كاللسان (وإن مات فالواجب عليه نصفها) لحصول تلف النفس بفعلين أحدهما مأذون فيه وهو قطع الجلدة والآخر غير مأذون فيه وهو قطع الحشفة فيضمن النصف ولو شرط على الحجام ونحوه العمل على وجه لا يسرى لا يصح لأنه ليس فى وسعه إلا إذا فعل غير المعتاد فيضمن عمادية . وفيها سئل صاحب المحيط عن فصاد قال له غلام أو عبد أفصدني ففصد فصدا معتادا فمات بسببه . قال : تجب دية الحر وقيمة العبد على عاقلة الفصاد لأنه خطأ. وسئل عن من فصد نائما وتركه حتى مات من السيلان قال يجب القصاص (والثانى) وهو الأجير (الخاص) ويسمى أجير وحد (وهو من يعمل لواحد عملا مؤقتا بالتخصيص ويستحق الأجر بتسليم نفسه فى المدة وإن لم يعمل كمن استؤجر شهرا للخدمة أو) شهرا (لرعي الغنم) المسمى بأجر مسمى بخلاف ما لو آجر المدة بأن استأجره للرعي شهرا حيث يكون مشتركا إلا إذا شرط أن لا يخدم غيره ولا يرعى لغيره فيكون خاصا

ساكتة عن التجاوز فصار ما نطق به هذا بيانا لما سكت عنه الآخر ، ويستفاد بمجموع الروايتين اشتراط عدم التجاوز والإذن لعدم الضمان ، حتى إذا عدم أحدهما أو كلاهما يجب الضمان انتهى طوري وعليه ما يأتي عن العمادية (قوله فلو قطع الختان الحشفة) أى كلها . قال فى الشرنبلالية : وبقطع بعضها يجب حكومة عدل كما ذكره الإتقاني (قوله دية كاملة) قال الزيلعي : هذا من أعجب المسائل حيث وجب الأكثر بالبرء والأقل بالهلاك (قوله تجب دية الحر) أى لو كان الغلام حرا وقيمة العبد لو كان عبدا ، قال ح لأن فعله غير مأذون فيه حيث لم يعتبر إذنهما للحجر عليهما فى الأقوال (قوله لأنه خطأ) أى من القتل خطأ إذ لم يتعمد قتله والدليل عليه عدم مجاوزة الفعل المعتاد ط (قوله قال يجب القصاص) لأنه قتله بمحدد ط أى وهو قاصد لقتله فكان عمدا (قوله ويسمى أجير وحد) بالإضافة خلاف المشترك من الوحد بمعنى الوحيد، ومعناه أجير المستأجر الواحد ، وفى معناه الأجير الخاص ؛ ولو حرك الحاء يصح لأنه يقال رجل وحد بفتحتين : أى منفرد مغرب ، وظاهره أنه لا فرق بينهما ، وسنذكر ما يفيد أن بينهما عموما مطلقا (قوله وهو من يعمل) صوابه إسقاط العاطف لأنه خبر المبتدإ ح .

مبحث الأجير الخاص

(قوله لواحد) أى لمعين واحدا أو أكثر . قال القهستاني : لو استأجر رجلان أو ثلاثة رجلا لرعي غنم لهما أو لهم خاصة كان أجيرا خاصا كما فى المحيط وغيره اهـ فخرج من له أن يعمل لغير من استأجره أولا (قوله عملا مؤقتا) خرج من يعمل لواحد من غير توقيت كالخياط إذا عمل لواحد ولم يذكر مدة ح (قوله بالتخصيص) خرج نحو الراعي إذا عمل لواحد عملا مؤقتا من غير أن يشرط عليه عدم العمل لغيره . قال ط : وفيه أنه إذا استؤجر شهرا لرعي الغنم كان خاصا وإن لم يذكر التخصيص ، فلعل المراد بالتخصيص أن لا يذكر عموما سواء ذكر التخصيص أو أهمله ، فإن الخاص يصير مشتركا بذكر التعميم كما يأتي فى عبارة الدرر (قوله وإن لم يعمل) أى إذا تمكن من العمل ، فلو سلم نفسه ولم يتمكن منه لعذر كمطر ونحوه لا أجر له كما فى المعراج عن الذخيرة (قوله للخدمة) أى لخدمة المستأجر وزوجته وأولاده ووظيفته الخدمة المعتادة من السحر إلى أن تنام الناس بعد العشاء الأخيرة وأكله على المؤجر ، فلو شرط على المستأجر كعلف الدابة فسد العقد كذا فى كثير من الكتب ، لكن قال الفقيه : فى زماننا العبد يأكل من مال المستأجر حموي عن الظهيرية والخانية ، وتقدم ما فيه ط : أى أول الباب السابق (قوله أو لرعي الغنم المسمى) كذا قيده فى الدرر والتبيين : وقد ذكر المصنف فى الباب السابق : لو استأجر

وتحقيقه فى الدرر ، وليس للخاص أن يعمل لغيره ، ولو عمل نقص من أجرته بقدر ماعمل فتاوى النوازل (وإن هلك فى المدة نصف الغنم أو أكثر) من نصفه (فله الأجرة كاملة) مادام يرعى منها شيئا ، لما مر أن المعقود عليه تسليم نفسه جوهرة ، وظاهر التعليل بقاء الأجرة لو هلك كلها وبه صرح فى العمادية (ولا يضمن ماهلك فى يده أو بعمله) كتخريق الثوب من دقه

خبازا ليخبز له كذا اليوم بدرهم فسد عند الإمام لجمعه بين العمل والوقت فيخالف ماهنا ، ولذا قال الشرنبلالى إذا وقع العقد على هذا الترتيب كان فاسدا كما قدمناه ، وصحته أن يلى ذكر المدة الأجر اه .

قلت : وقدمنا هناك مايقتضى وجوب حذف قوله المسمى فراجعه (قوله وتحقيقه فى الدرر) ونصه : اعلم أن الأجير للخدمة أو لرعى الغنم إنما يكون أجيرا خاصا إذا شرط عليه أن لايخدم غيره أو لايرعى لغيره أو ذكر المدة أولا ، نحو أن يستأجر راعيا شهراً ليرعى له غنما مسماة بأجر معلوم فإنه أجير خاص بأول الكلام .

أقول : سره أنه أوقع الكلام على المدة فى أوله فتكون منافعه للمستأجر فى تلك المدة فيمتنع أن تكون لغيره فيها أيضا ، وقوله بعد ذلك لترعى الغنم يحتمل أن يكون لإيقاع العقد على العمل فيصير أجيراً مشتركا لأنه من يقع عقده على العمل ، وأن يكون لبيان نوع العمل الواجب على الأجير الخاص فى المدة ، فإن الإجارة على المدة لاتصح فى الأجير الخاص مالم يبين نوع العمل ، بأن يقول استأجرتك شهرا للخدمة أو للحصاد فلا يتغير حكم الأول بالاحتمال فيبقى أجير وحد مالم ينص على خلافه بأن يقول على أن ترعى غنم غيرى مع غنمى وهذا ظاهر أو أخر المدة بأن استأجره ليرعى غنما مسماة له بأجر معلوم شهرا فحينئذ يكون أجيرا مشتركا بأول الكلام لإيقاع العقد على العمل فى أوله ، وقوله شهرا فى آخر الكلام يحتمل أن يكون لإيقاع العقد على المدة فيصير أجير وحد ، ويحتمل أن يكون لتقدير العمل الذى وقع العقد عليه فلا يتغير أول كلامه بالاحتمال مالم يكن بخلافه اه .

مطلب ليس للأجير الخاص أن يصلى النافلة

(قوله وليس للخاص أن يعمل لغيره) بل ولا أن يصلى النافلة . قال فى التتارخانية : وفى فتاوى الفضلى وإذا استأجر رجلا يوما يعمل كذا فعليه أن يعمل ذلك العمل إلى تمام المدة ولا يشتغل بشىء آخر سوى المكتوبة وفى فتاوى سمرقند : وقد قال بعض مشايخنا له أن يؤدى السنة أيضا . واتفقوا أنه لايؤدى نفلا وعليه الفتوى . وفى غريب الرواية قال أبو على الدقاق : لايمنع في المصر من إتيان الجمعة ، ويسقط من الأجر بقدر اشتغاله إن كان بعيدا ، وإن قريبا لم يحط شىء فإن كان بعيدا واشتغل قدر ربع النهار يحط عنه ربع الأجرة (قوله ولو عمل نقص من أجرته الخ) قال فى التاترخانية : نجار استؤجر إلى الليل فعمل لآخر دواة بدرهم وهو يعلم فهو آثم ، وإن لم يعلم فلا شىء عليه وينقص من أجر النجار بقدر ماعمل فى الدواة (قوله وظاهر التعليل الخ) أى فقول الجوهرة مادام يرعى منها شيئا لامفهوم له . ورأيت بخط بعض الفضلاء أن مراد الجوهرة تحقيق تسليم نفسه بذلك لاشرط استحقاق الأجر كما فهم المصنف والمتون والتعليل يفيده اه وهو حسن (قوله وبه صرح فى العمادية) وهو الموافق لتصريح المتون بأنه يستحق الأجر بتسليم نفسه فى المدة وإن لم يعمل .

[فرع] أراد رب الغنم أن يزيد فيها ما يطيق الراعى له ذلك لو خاصا لأنه فى حق الرعى بمنزلة العبد ، وله أن يكلف عبده من الرعى ما يطيق تاترخانية (قوله ولا يضمن ما هلك فى يده) أى بغير صنعه بالإجماع ، وقوله أو بعمله : أي المأذون فيه ، فإن أمره بعمل فعمل غيره ضمن ما تولد منه تاترخانية . وفيها : وإذا ساق الراعي

إلا إذا تعمد الفساد فيضمن كالمودع .

ثم فرع على هذا الأصل بقوله (فلا ضمان على ظئر في صبي ضاع في يدها أو سرق ماعليه) من الحلى لكونها أجير وحد ، وكذا لاضمان على حارس السوق وحافظ الخان

الغنم فنطح أو وطئ بعضها بعضا من سوقه ، فإن كان الراعي مشتركا ضمن على كل حال ، وكذا لوكانت لقوم شتى وهو أجير أحدهم . وإن كان خاصا فإن كانت الأغنام لواحد لا ضمان وإن لاثنين أو ثلاثة ضمن . وصورة الأجير الخاص في حق الإثنين أو الثلاثة أن يستأجر رجلان أو ثلاثة راعيا شهرا ليرعى غنما لهما أو لهم اهـ . وقال في الذخيرة : فقد فرق في الأجير الخاص بين أن يكون لواحد أو لغير واحد يحفظ هذا جدا اهـ .

قلت : ومفاده أن بين الخاص والوحد عموما مطلقا كما قدمناه . وفي جامع الفصولين : ولا يضمن لو هلك شيء في سقي أو رعي ولو ذبحها الراعي أو الأجنبي ضمن لو رجى حياتها أو أشكل أمرها ، ولو تيقن موتها لا للإذن دلالة هو الصحيح ، ولا يذبح الحمار ولا البغل إذ لايصلح لحمهما ولا الفرس عنده لكراهته تحريما ، ولوقال ذبحتها لمرضها لم يصدق إن كذبه لإقراره بسبب الضمان ويصدق في الهلاك وإن شرط أن يأتيه بسمة ماهلك اهـ ملخصا . أي يصدق بيمينه كما في الجوهرة (قوله كالمودع) أي إذا تعمد الفساد فإنه يضمن ط (قوله لكونها أجير وحد) قال أبوالسعود : الحاصل أن المسائل في الظئر تعارضت ، فمنها ما يدل على أنها في معنى أجير الوحد كقولهم بعدم الضمان في هذه ، ومنها ما يدل على أنها في معنى المشترك كقولهم إنها تستحق الأجر على الفريقين إذا أجرت نفسها لهما . قال الإتقاني : والصحيح أنه إن دفع الولد إليها لترضعه فهي أجير مشترك وإن حملها إلى منزله فهي أجير وحد اهـ ملخصا ط .

مطلب في الحارس والخاناتي

(قوله وكذا لا ضمان على حارس السوق وحافظ الخان(١)) قال في جامع الفصولين ، استؤجر رجل لحفظ خان أوحوانيت فضاع منها شيء : قيل ضمن عند أبي يوسف ومحمد لو ضاع من خارج الحجرة لأنه أجير مشترك وقيل لا في الصحيح ، وبه يفتى لأنه أجير خاص ، ألا ترى أنه لو أراد أن يشغل نفسه في صنع آخر لم يكن له ذلك ، ولو ضاع من داخلها بأن نقب اللص فلا يضمن الحارس في الأصح إذ الأموال المحفوظة في البيوت في يد مالكها وحارس السوق على هذا الخلاف اهـ وكذا في ٢٤ من الذخيرة . قال في الحامدية : ويظهر من هذا أنه إذا كسر قفل الدكان وأخذ المتاع يضمن الحارس اهـ .

قلت : إنما يظهر هذا على القول بأنه أجير مشترك ، أما على القول بأنه خاص فلا لما سمعت من المفتى به لعم يشكل ما مر آنفا عن التاترخانية والذخيرة في الراعي لوكان خاصا لأكثر من واحد يضمن فليتأمل ، اللهم إلا أن يقال إذا(٢) كسر القفل يكون بنومه أو غيبته فهو مفرط فيضمن . وفي الخلاصة : ولو استأجره واحد من أهل السوق فكأنهم استأجروه ولكن هذا إن كان ذلك الواحد رئيسهم ويحل له الأجرة . وفي المحيط : ولوكرهوا

---

(١) وما على الحارس شيء لو نقب ... في السوق حانوت على ماقد كتب
وليس يضمن الذي منها سرق ... إذ بالأجير الخاص ذاك يلتحق

اهـ من المنظومة المحبية .

(٢) (قوله اللهم إلا أن يقال إذا الخ) جواب عن معارضة ما في الحامدية لما عليه الفتوى من عدم ضمان الخاص . ومحصل الجواب أن قولهم الأجير الخاص لايضمن مقيد بما إذا لم يظهر تفريطه . وعبارة الحامدية محمولة على ما إذا ظهر تفريطه اهـ .

(وصح ترديد الأجر بالترديد في العمل) كإن خطته فارسيا بدرهم أو روميا بدرهمين (وزمانه في الأول) كذا بخط المصنف ملحقا ولم يشرحه وسيتضح . قال شيخنا الرملي : ومعناه يجوز في اليوم الأول دون الثاني كإن خطته اليوم فبدرهم أو غدا فبنصفه (ومكانه) كإن سكنت هذه الدار فبدرهم أو هذه فبدرهمين (والعامل) كإن سكنت عطارا فبدرهم أو حدادا فبدرهمين (والمسافة) كإن ذهبت للكوفة فبدرهم أو للبصرة فبدرهمين (والحمل) كإن حملت شعيرا فبدرهم أو برا فبدرهمين وكذا لو خيره بين ثلاثة أشياء ولو بين أربعة لم يجز كما في البيع ويجب أجر ما وجد إلا في تخيير الزمان فيجب بخياطته في الأول ما سمى وفي الغد أجر المثل لا يزاد على درهم ولو خاطه بعد غد لا يزاد على نصف درهم وفيه خلافهما (بنى المستأجر تنورا أو دكانا) عبارة الدرر أو كانونا (في الدار المستأجرة فاحترق بعض بيوت الجيران أو الدار لا ضمان عليه مطلقا) سواء بنى بإذن رب الدار أو لا (إلا أن يجاوز ما يصنعه الناس) في وضعه وإيقاد نار لا يوقد مثلها في التنور والكانون .

(استأجر حمارا فضل عن الطريق ، إن علم أنه لا يجده بعد الطلب لا يضمن ، كذا راع ند من قطيعه شاة فخاف على الباقي) الهلاك (إن تبعها) لأنه إنما ترك الحفظ بعذر

ولم يرضوا فكراهتهم باطلة (قوله وصح ترديد الأجر) قيد اتفاقي إذ لا فرق بين ترديده ونفيه لما في المحيط : إن خطته اليوم فلك درهم : وإن غدا فلا أجر لك . قال محمد : إن خاطه في الأول فله درهم وإن في الثاني فأجر المثل لا يزاد على درهم في قولهم جميعا طوري (قوله في الأول) متعلق بقوله وصح (قوله ملحقا) قال الرملي : ليس في متنه وكتبه في الشرح بالأحمر ملحقا على هامشه (قوله ولم يشرحه) نعم لم يشرحه عقبه بل شرحه بعد قوله والحمل وأطال فيه . ونقل عبارته المحشي ، وكأن الشارح لم ينظر تمام كلامه (قوله وسيتضح) أي حكمه بعد أسطر ، وبه يستغنى عن قوله قال شيخنا الخ كما قاله ح (قوله وكذا لو خيره بين ثلاثة) أي من هذه المسائل كلها ط (قوله كما في البيع) قيد للثلاثة والأربعة والجامع دفع الحاجة ، وانظر ما في العزمية (قوله إلا في تخيير الزمان الخ) تقدم مثاله لأن العقد المضاف إلى الغد لم يثبت في اليوم فلم يجتمع في اليوم تسميتان فلم يكن الأجر مجهولا في اليوم والمضاف إلى اليوم يبقى إلى الغد فيجتمع في الغد تسميتان درهم ونصف درهم فيكون الأجر مجهولا وهي تمنع جواز العقد درر ، وهذا مذهب الإمام . وعندهما الشرطان جائزان . وعند زفر فاسدان وتمامه في المنح (قوله لا يزاد على درهم) أي ولا ينقص عن نصف وهذا يدل على أنه قد يزاد على نصف درهم . وروى عن أبي حنيفة أنه لا يزاد على نصف درهم لأنه المسمى صريحا ، فعنه روايتان . وجه ظاهر الرواية أنه اجتمع في الغد تسميتان فتعتبر الأولى لمنع الزيادة عليها والثانية لمنع النقصان عملا بهما ، وهذا أولى من الترجيح بالمصرح كفاية ملخصا ، وصحح الزيلعي الرواية الثانية ، ومثله في الإيضاح وذكر أنها رواية الأصل (قوله وفيه خلافهما) قال الزيلعي : ولو خاطه بعد غد فالصحيح أنه لا يجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة لأنه لم يرض بتأخيره إلى الغد بأكثر من نصف درهم ، فأولى أن لا يرضى إلى ما بعد الغد ، والصحيح على قولهما أنه ينقص من نصف درهم ولا يزاد عليه (قوله أو كانونا) هو المناسب لذكر الاحتراق أفاده ح (قوله لا ضمان عليه) لأن هذا انتفاع بظاهر الدار على وجه لا يغير هيئة الباقي إلى النقصان ، بخلاف الحفر لأنه تصرف في الرقبة ، وبخلاف البناء لأنه يوجب تغير الباقي إلى النقصان جامع الفصولين (قوله إن علم أنه لا يجده) الظاهر أن المراد به غلبة الظن ، وظاهر هذا الصنيع أنه يصدق في دعواه أنه لا يجده ط .

قلت : وفي البزازية : دفع إلى المشترك ثورا للرعي فقال لا أدري أين ذهب الثور فهو إقرار بالتضييع في زماننا (قوله بعد الطلب) أي في حوالي مكان ضل فيه ، ولو ذهب وهو يراه ولم يمنعه ضمن يريد به أو غاب

فلايضمن كدفع الوديعة حال الغرق . وقالا إن كان الراعى مشتركا ضمن ، ولو خلط الغنم إن أمكنه التمييز لايضمن والقول له فى تعيين الدواب أنها لفلان ، إن لم يمكنه ضمن قيمتها يوم الخلط والقول له فى قدر القيمة عمادية ؛ وليس للراعى أن ينزى على شىء منها بلا إذن ربها ، فإن فعل فعطبت ضمن وإن نزى بلا فعله فلا ضمان جوهرة .

(ولا يسافر بعبد استأجره للخدمة) لمشقته (إلا بشرط) لأن الشرط أملك عليك أم لك ، وكذا لو عرف بالسفر لأن المعروف كالمشروط (بخلاف العبد الموصى بخدمته فإن له أن يسافر به مطلقا) لأن مؤنته عليه (ولو سافر) المستأجر (به فهلك ضمن) قيمته لأنه غاصب (ولا أجر عليه وإن سلم) لأن الأجر والضمان لايجتمعان . وعند الشافعى له أجر المثل .

(ولا يسترد مستأجر من عبد) أو صبى (محجور) أجرا دفعه إليه (لـ) أجل (عمله) لعودها بعد الفراغ صحيحة

عن بصره لتقصيره فى حفظه لعدم المنع ، وعلى هذا لو جاء به إلى الخباز واشتغل بشراء الخبز فضاع لو غاب عن بصره ضمن وإلا فلا خلاصة . وفى الخانية : إذا غيبها عن نظره لا يكون حافظا لها وإن ربطها بشىء (قوله فلايضمن) أى إجماعا لو خاصا ، ولو مشتركا فكذلك عنده منح (قوله ضمن) لأنه ترك الحفظ بعذر يمكن الاحتراز عنه . قال فى الذخيرة : ورأيت فى بعض النسخ لاضمان عليه فيما ندت إذا لم يجد من يبعثه لردها أو يبعثه ليخبر صاحبها بذلك ، وكذا لو تفرقت فرقا ولم يقدر على اتباع الكل لأنه ترك الحفظ لعذر ، وعندهما يضمن اهـ . قال فى البزازية لأنه تعذر طمعا فى الأجر الوافر بتقبل الكثير (قوله يوم الخلط) لأنه يوم الاستهلاك (قوله ولايسافر بعبد) أى بل يخدمه فى المصر وقراه فيما دون السفر ط عن البزازية (قوله لمشقته) أى لمشقة السفر ولأن مؤنة الرد على المولى ويلحقه ضرر بذلك فلا يملكه إلا بإذنه زيلعى (قوله إلا بشرط) أو يرضى به بعده ط (قوله لأن الشرط أملك) أى أشد ملكا وأدخل فى الاتباع فهو أفعل تفضيل من المبنى للفاعل أو المفعول : أى أشد مالكية أو مملوكية بالنظر لمن اشترطه أو لمن اشترط عليه ط (قوله عليك) متعلق بمحذوف حال من الضمير فى أملك ط (قوله أم لك) فيه الجناس التام اللفظى كقوله :

إذا ملك لم يكن ذا هبه فدعه فدولته ذاهبه

(قوله وكذا لو عرف بالسفر) أى وكان متهيئا له كما فى التبيين (قوله بخلاف العبد الموصى بخدمته) مثله المصالح على خدمته ط عن سرى الدين (قوله مطلقا) أى سواء شرط السفر به أم لا منح (قوله لأن الأجر والضمان لا يجتمعان) أى فى حالة واحدة ، فلو أوجبنا الأجر عند السلامة وأوجبنا الضمان عند الهلاك فى سفره لاجتمعا فى حالة واحدة وهى حالة السفر ط (قوله من عبد أو صبى) أى آجر نفسه بلا إذن مولى أو ولى (قوله أجرا) مفعول يسترد ، والمراد به أجر المثل فى الصورتين كما فى التبيين عن النهاية (قوله لعودها بعد الفراغ صحيحة) لأنه محجور عن التصرف الضار لا النافع ولذا جاز قبوله الهدية بلا إذن ، وجواز الإجارة بعد ماسلم من العمل تمحض نفعا لحصول الأجر بلا ضرر فصح قبضه الأجرة لأنه العاقد فلا يملك المستأجر الاسترداد زيلعى ملخصا . قال ط وهذا التعليل يقتضى لزوم المسمى اهـ . وإذا هلك المحجور من العمل : إن كان صبيا فعلى عاقلة المستأجر ديته وعليه الأجر فيما عمل قبل الهلاك ، وإن كان عبدا فعليه قيمته ولا أجر عليه فيما عمل له لأنه إذا ضمن قيمته صار مالكا له من وقت الاستعمال فيصير مستوفيا منفعة عبد لنفسه كفاية ملخصا .

قال الزيلعى : فإن أعتقه المولى فى نصف المدة نفذت الإجارة ولا خيار للعبد ، فأجر ما مضى للمولى وما يستقبل للعبد ، وإن آجره المولى ثم أعتقه فى نصف المدة فللعبد الخيار فإن فسخ الإجارة فأجر ما مضى للمولى

استحسانا (ولا يضمن غاصب عبد ما أكل) الغاصب (من أجره) الذى آجر العبد نفسه به لعدم تقومه عند أبى حنيفة (كما) لايضمن اتفاقا (لو آجره الغاصب) لأن الأجر له لالمالكه (وجاز للعبد قبضها) لو آجر نفسه لالو آجره المولى إلا بوكالة لأنه العاقد عناية (فلو وجدها مولاه) قائمة (فى يده أخذها) لبقاء ملكه كمسروق بعد القطع .

(استأجر عبدا شهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة صح) على الترتيب المذكور ، حتى لو عمل فى الأول فقط فله أربعة وبعكسه خمسة (اختلفا) الآجر والمستأجر (فى إباق العبد أو مرضه أو جرى ماءالرحى حكم الحال فيكون القول قول من يشهد له) الحال (مع يمينه كما) يحكم الحال .

(لو باع شجرا فيه ثمر واختلفا فى بيعه) أى الثمر (معها) أى الشجر (فالقول قول من فى يده الثمر) الأصل أن القول لمن يشهد له الظاهر . وفى الخلاصة : انقطع ماء الرحى سقط من الأجر بحسابه ولو عاد عادت ، ولو اختلفا فى قدر الانقطاع

وإن أجاز فأجر ما يستقبل للعبد والقبض للمولى لأنه هو العاقد اه (قوله استحسانا) والقياس له أن يأخذه لأن عقد المحجور عليه لا يجوز فيبقى على ملك المستأجر لأنه بالاستعمال صار غاصبا له زيلعى (قوله ولا يضمن غاصب عبد الخ) أى إذا غصب رجل عبدا فآجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الأجرة من يد العبد فأكلها لا ضمان عليه زيلعى (قوله لعدم تقوّمه) لأنه غير محرز ، لأن الإحراز إنما يثبت بيد حافظة كيد المالك أو نائبه ويد المالك لم تثبت عليه ويد العبد ليست يد المولى لأن العبد فى يد الغاصب حتى كان مضمونا عليه ، ولا يحرز نفسه عن الغاصب فكيف يكون محرزا ما فى يده كفاية (قوله عند أبى حنيفة) وقالا عليه ضمانه لأنه أتلف مال الغير بغير إذنه من غير تأويل (قوله وجاز للعبد قبضها) أى الأجرة الحاصلة من إيجاره نفسه اتفاقا لأنه نفع محض مأذون فيه كقبول الهدية : وفائدته تظهر فى حق خروج المستأجر عن عهدة الأجرة بالأداء إليه درر . قال الطورى : وهذه مكررة مع قوله ولا يسترد مستأجر الخ لأنه أفاد صحة القبض ومنع الأخذ فتأمل (قوله لأنه العاقد) أى لأن المولى كذا تفيده عبارة العناية فليس علة لقوله وجاز للعبد قبضها لو آجر نفسه وإن كان صالحا لها ، وانظر ما لو آجره الغاصب هل يملك العبد القبض ومفاد التعليل أنه لا يجوز قبضه ط (قوله أخذها) لأنه وجد عين ماله ابن كمال (قوله كمسروق بعد القطع) فإنه لم يبق متقوّما ، حتى لا يضمن بالإتلاف ويبقى الملك فيه حتى يأخذه المالك زيلعى (قوله صح على الترتيب) لأنه إن لم ينصرف الشهر المذكور أولا إلى مايلى العقد لكان الداخل فى العقد شهرا منكرا من شهور عمره وهذا فاسد فلابد من صرفه إلى ما يلى العقد تحريا لجوازه ، وكذلك الإقدام على الإجارة دليل تنجز الحاجة إلى تملك منفعة العبد فوجب صرف الشهر المذكور أولا إلى ما يليه قضاء للحاجة الناجزة كفاية .

مبحث اختلاف المؤجر والمستأجر

(قوله فى إباق العبد أو مرضه) كأن قال المستأجر فى آخر الشهر أبق أو مرض فى المدة وأنكر المولى ذلك أو أنكر إسناده إلى أول المدة فقال أصابه قبل أن يأتينى بساعة زيلعى (قوله فيكون القول قول من يشهد له الحال) لأن وجوده فى الحال يدل على وجوده فى الماضى فيصلح الظاهر مرجحا وإن لم يصلح حجة ، لكن إن كان يشهد للمؤجر ففيه إشكال من حيث إنه يستحق الأجرة بالظاهر وهو لا يصلح للاستحقاق ، وجوابه أنه يستحقه بالسبب السابق وهو العقد وإنما الظاهر يشهد على بقائه إلى ذلك الوقت زيلعى ملخصا (قوله فالقول قول من فى يده الثمر) هذا إنما يظهر إذا كان الثمر باقيا ، فأما إذا كان هالكا أو مستهلكا فلم يتكلم عليه ، والظاهر أنه

فالقول للمستأجر ولو فى نفسه حكم الحال (والقول قول رب الثوب) بيمينه (فى القميص والقباء والحمرة والصفرة وكذا فى الأجر وعدمه) وقال أبو يوسف : إن كان الصانع معاملا له فله الأجر وإلا فلا (وقيل) أى وقال محمد (إن كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالأجر وقيام حاله بها) أى بهذه الصنعة (كان بيمين القول قوله) بشهادة الظاهر (وإلا فلا ، وبه يفتى) زيلعى وهذا بعد العمل ، أما قبله فيتحالفان اختيار .

[فروع] فعل الأجير فى كل الصنائع يضاف لأستاذه فما أتلفه يضمنه أستاذه اختيار ، يعنى مالم يتعد فيضمنه هو عمادية : وفى الأشباه : ادعى لنازل الخان وداخل الحمام

ينظر لبد من هلك عنده أو استهلك ويحرر ط (قوله فالقول للمستأجر) لإنكاره ضمان الزائد (قوله ولو فى نفسه) أى نفس الانقطاع ، وهو من تتمة ما فى الخلاصة ويغنى عنه ما فى المتن (قوله والقول قول رب الثوب الخ) بأن قال أمرتك أن تعمله قباء وقال الخياط قميصا أو أن تصبغه أحمر وقال الصباغ أصفر أو أن تعمله لى بغير أجر وقال بل بأجر فالقول لرب الثوب ، لأن الإذن يستفاد من جهته فكان أعلم بكيفيته ولأنه ينكر تقوّم عمله ووجوب الأجر عليه زيلعى ملخصا (قوله بيمينه) فإذا حلف فى الصورة الأولى إن شاء ضمنه قيمة الثوب غير معمول ولا أجر له ، وإن شاء أخذه وأعطاه أجر مثله لا يتجاوز به المسمى لأنه امتثل أمره فى أصل ما أمر به وهو القطع والخياطة ، لكن خالفه فى الصفة فيختار أيهما شاء ، وفى الثانية إن شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض وإن شاء أخذ ثوبه وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى أيضا درر (قوله معاملا له) قال فى العناية بأن تكررت تلك المعاملة بينهما بأجر : وفي التبيين بأن كان يدفع إليه شيئا للعمل ويقاطعه عليه (قوله بشهادة الظاهر) لأنه لما فتح الدكان لأجله جرى ذلك مجرى التنصيص عليه اعتبارا لظاهر المعتاد زيلعى (قوله فيتحالفان) ويبدأ بيمين المستأجر لأن كلا يدعى عقدا والآجر ينكره فأحدهما يدعى هبة العمل والآخر بيعه اختيار .

[تتمة] قال فى الخانية : استأجر شيئا فلم يتصرف به حتى اختلفا فقال المستأجر الأجر خمسة دراهم وقال المؤجر عشرة يتحالفان وأى لكل لزمه ويبدأ بيمين المستأجر ، فإذا تحالفا فسخ القاضى العقد وأى برهن يقبل ، وإن برهنا يقضى ببينة المؤجر لأنه يثبت حق نفسه ، وكذا لو اختلفا فى مدة أو مسافة إلا أنه يبدأ فيهما بيمين المؤجر وأى برهن يقبل ، ولو برهنا يقضى ببينة المستأجر ، ولو قال المستأجر آجرتنى شهرين بعشرة وقال الآخر بل شهرا واحدا بعشرة فأيهما برهن يقبل ، ولو برهنا فبينة المستأجر ، ولو اختلفا فى أجر ومدة جميعا أو فى أجر ومسافة جميعا يتحالفان فتفسخ الإجارة وأى برهن يقبل ، ولو برهنا يقضى بهما جميعا فيقضى بزيادة الأجر ببينة المؤجر وبزيادة المدة أو المسافة ببينة المستأجر وأى بدأ بالدعوى يحلف صاحبه أولا ، ولو اختلفا فى هذه الوجوه بعد مضى مدة الإجارة عند المستأجر أو بعد ما وصل المقصد فالقول للمستأجر بيمينه ولا يتحالفان إجماعا ولو اختلفا فى الأجر بعد مضى بعض المدة أو بعد ما سار بعض الطريق يتحالفان فتفسخ فيما بقى والقول للمستأجر فى حصة الماضى اه (قوله يضمنه أستاذه) لأنه عمل بإذنه ولا يضمن هو لأنه أجير وحد لأستاذه يستحق الأجر بتسليم نفسه فى المدة كما قدمناه (قوله ادعى لنازل الخان الخ) قال فى التاترخانية : بناء على أن الخان غالبا يكون معدا للكراء فسكناه رضا بالأجر وبعض المشايخ : قالوا : الفتوى على لزوم الأجر إلا إذا عرف بخلافه بأن صرح أنه نزل بطريق الغصب أو كان معروفا بالظلم مشهورا بالنزول فى مساكن الناس لا بطريق الإجارة اه .

أقول : والظاهر أن هذا مبنى على قول المتقدمين بأن منافع الغصب غير مضمونة مطلقا ، أما على ما أفتى به المتأخرون من ضمان المعد للاستغلال ومال الوقف واليتيم فالأجر لازم ادعى الغصب أو لا عرف به أولا ، تأمل

وساكن المعد للاستغلال الغصب لم يصدق والأجر واجب :

قلت : وكذا مال اليتيم على المفتى به فتنبه :

وفيها الأجرة للأرض كالخراج على المعتمد ، فإذا استأجرها للزراعة فاستلم الزرع آفة وجب منه لما قبل الاصطلام وسقط مابعده :

قلت : وهو مااعتمده فى الولوالجية ، لكن جزم فى الخانية برواية عدم سقوط شىء حيث قال : أصاب الزرع آفة فهلك أو غرق ولم ينبت لزم الأجر لأنه قد زرع ، ولو غرقت قبل أن يزرع فلا أجر عليه اه.

باب فسخ الإجارة

تفسخ بالقضاء أو الرضا (بخيار شرط

(قوله وساكن المعد للاستغلال) عطف عام على خاص (قوله والأجر واجب) أى أجر المثل ط (قوله كالخراج) أى الموظف لإخراج المقاسمة وهو ظاهر ح (قوله على المعتمد) مخالف لما فى حواشى الأشباه عن الولوالجية من أن ما وجب من الأجرة قبل الاصطلام لا يسقط وما وجب بعده يسقط ولا يؤخذ بالخراج ، لأن سبب وجوبه ملك أرض نامية حولا كاملا حقيقة أو اعتبارا والاعتماد على هذه الرواية (قوله وسقط ما بعده) لكن هذا إذا بقى بعد هلاك الزرع مدة لا يتمكن من إعادة الزراعة ، فإن تمكن من إعادة مثل الأول أو دونه فى الضرر يجب الأجر : قال فى البزازية عن المحيط وعليه الفتوى ، ومثله فى الذخيرة والخانية والخلاصة والتاترخانية ، والظاهر أن التقييد بإعادة مثل الأول أو دونه مفروض فيما إذا استأجرها على أن يزرع نوعا خاصا ، أما لو قال على أن أزرع فيها ما أشاء فلا يتقيد فإن التعميم صحيح كما مر تأمل (قوله وهو ما اعتمده فى الولوالجية) قدمنا آنفا حاصل عبارته عن حواشى الأشباه (قوله لكن جزم فى الخانية الخ) ما ذكره فى الخانية ذكره فى الولوالجية أيضا واعتمد خلافه كما سمعت ، على أنه فى الخانية ذكر التفصيل المار ، وقال وهو المختار للفتوى فكيف يكون جازما بخلافه وقد علمت التصريح بأن عليه الفتوى عن عدة كتب (قوله لزم الأجر) أى بتمامه ، والله تعالى أعلم :

باب فسخ الإجارة

تأخير هذا الباب ظاهر المناسبة لأن الفسخ بعد الوجود معراج (قوله تفسخ) إنما قال تفسخ لأنه اختار قول عامة المشايخ وهو عدم انفساخ العقد بالعذر وهو الصحيح نص عليه فى الذخيرة ، وإنما لم ينفسخ لا لإمكان الانتفاع بوجه آخر لأنه غير لازم ، بل لأن المنافع فاتت على وجه يتصور عودها ذكره فى الهداية ابن كمال :

وفى الفتاوى الصغرى والتتمة : إذا سقط حائط أو انهدم بيت من الدار للمستأجر الفسخ ولا يملكه بغيبة المالك بالإجماع ، وإن انهدمت الدار كلها فله الفسخ من غير حضرته ، لكن لا تنفسخ ما لم يفسخ لأن الانتفاع بالعرصة ممكن :

وفى إجارات شمس الأئمة : إذا انهدمت كلها فالصحيح أنه لا تنفسخ لكن سقط الأجر فسخ أولا إتقانى ، وقدمناه قبيل الإجارات الفاسدة (قوله بالقضاء أو الرضا) ظاهره أنه شرط (١) فى خيار الشرط والرؤية والعيب والعذر لأنه ربطه بالكل ، وفيه كلام سيأتى قريبا (قوله بخيار شرط الخ) أى قبل انقضاء الأيام الثلاثة ،

---

(١) (قوله ظاهره أنه شرط) هذا إنما يظهر على مافى بعض النسخ من حذف الواو الداخلة على بخيار ، أما على ماباًيدينا مما ثبت فيها الواو فلا كما لايخفى اه .

ورؤية)كالبيع خلافا للشافعى (و) بخيار (عيب) حاصل قبل العقد أو بعده بعد القبض أو قبله (يفوت النفع به) صفة عيب (كخراب الدار وانقطاع ماء الرحى و) انقطاع (ماء الأرض) وكذا لو كانت تسقى بماء السماء فانقطع المطر فلا أجر خانية أى وإن لم تنفسخ على الأصح

فلو استأجر دكانا شهرا على أنه بالخيار ثلاثة أيام يفسخ فيها ، فلو فسخ فى الثالث(١) منها لم يجب أجر اليومين لأن ابتداء المدة من وقت سقوط الخيار وفيه إشعار(٢) بأنه لايشترط حضور صاحبه ولاعلمه خلافا للطرفين والأول أصح ، وقيل للمفتى الخيار فى ذلك كما فى المضمرات قهستانى ، وهذا خلاف ما أشعر به كلام الشارح (قوله ورؤية) فلو استأجر قطعات من الأرض صفقة واحدة ثم رأى بعضها فله فسخ الإجارة فى الكل ، وفيه إشعار بأنه لا يشترط فى هذا الفسخ القضاء ولا الرضا ، وينبغى أن يكون فيه خلاف خيار الشرط قهستانى ، وتقدم أول باب ضمان الأجير أن للأجير المشترك خيار الرؤية فى كل عمل يختلف باختلاف المحل .

والحاصل أنه لا يشترط القضاء أو الرضا فى خيار الشرط والرؤية . وأما فى خيار العيب ففى نحو انهدام الدار كلها يفسخ بغيبة صاحبه بخلاف انهدام الجدار ونحوه كما مر . وأما فى غيره من الأعذار فسيأتى أن الأصح أن العذر إن كان ظاهرا ينفرد وإن مشتبها لاينفرد . ثم إن خيار الشرط يثبت للعاقدين ، أما خيار الرؤية فلا يكون للمؤجر كما فى البيع . قال الحموى ولم أره ، وهكذا بحثه غيره وهو ظاهر استدلالهم هنا بالحديث « من اشترى شيئا ولم يره فله الخيار » وقولهم إنها بيع المنفعة وبه أفتى منلا على التركمانى (قوله حاصل قبل العقد) أى ولم يره قبله ، فإن رآه فلا خيار لرضاه به كما فى الاختيار ، ولو استوفى المنفعة فيما له الخيار بحدوثه يلزمه الأجر كاملا كما سيذكره الشارح .

وفى الخلاصة : خيار العيب فى الإجارة يفارق البيع فى أنه ينفرد بالرد بالعيب قبل القبض لا بعده ، وفى الإجارة ينفرد المستأجر بالرد قبل القبض وبعده(٣) اه ولا تنس ما مر (قوله يفوت النفع به) والأصل فيه أن العيب إذا حدث بالعين المستأجرة ، فإن أثر فى المنافع يثبت الخيار للمستأجر كالعبد إذا مرض والدار إذا انهدم بعضها لأن كل جزء من المنفعة كالمعقود عليه ، فحدوث عيب قبل القبض يوجب الخيار ، وإن لم يؤثر فى المنافع فلا كالعبد المستأجر للخدمة إذا ذهبت إحدى عينيه أو سقط شعره ، وكالدار إذا سقط منها حائط لاينتفع به فى سكناها لأن العقد ورد على المنفعة دون العين وهذا النقص حصل بالعين دون المنفعة والنقص بغير المعقود عليه لا يثبت الخيار إتقانى . وفى الذخيرة : إذا قلع الآجر شجرة من أشجار الضياع المستأجرة فللمستأجر حق الفسخ إن كانت الشجرة مقصودة (قوله وانقطاع ماء الرحى) فلو لم يفسخ حتى عاد الماء لزمت ويرفع عنه من الأجر بحسابه ، قيل حساب أيام الانقطاع ، وقيل بقدر حصة ما انقطع من الماء ، والأول أصح لأن ظاهر

---

(١) (قوله فلو فسخ الخ) إنما يكون له ذلك إذا لم ينتفع ، أما إذا انتفع بها فيسقط خياره ويكون أول المدة من حين الانتفاع لاما بعد الثالث اه .

(٢) (قوله وفيه إشعار) أى فى كلام الوقاية ، فإن هذه العبارة قالها القهستانى فى شرح كلام الوقاية ، وليس مرجع الضمير المجرور بق هو الكلام السابق يعنى قوله يفسخ فيها فلو فسخ الخ فإنه من كلام القهستانى فى شارح مصنفه اه .

(٣) (قوله وبعده) أى لأن المبيع فيها إنما هو المنافع وهى معدومة لايتصور قبضها إلا بالاستيفاء ، بخلاف العين المبيعة وهو ظاهر اه . وفيه أنه حيث لايتصور قبضها إلا باستيفائها كيف يتصور ردها بعد الاستيفاء .

ويمكن أن يقال : إن المراد بالقبض فى قولهم له الرد بعد القبض قبض العين تسامحا ، فإنه لما كان قبض المبيع فى الإجارة لايمكن إلا بقبض العين المؤجرة صار كأن قبضها قبض له اه .

كما مر . وفى الجوهرة لو جاء من الماء مايزرع بعضها فالمستأجر بالخيار إن شاء فسخ الإجارة كلها أو ترك ودفع بحساب ماروى منها .

وفى الولوالجية : لو استأجرها بغير شربها فانقطع ماء الزرع على وجه لايرجى فله الخيار ، وإن انقطع قليلا قليلا ويرجى منه السقى فالأجر واجب .

وفى لسان الحكام استأجر حماما فى قرية ففزعوا ورحلوا سقط الأجر عنه ، وإن نفر بعض الناس لا يسقط الأجر (أو يخل) عطف على يفوت (به) أى بالنفع بحيث ينتفع به فى الجملة (كمرض العبد

الرواية يشهد له فإنه قال فى الأصل : الماء إذا انقطع الشهر كله ولم يفسخها المستأجر حتى مضى الشهر فلا أجر عليه فى ذلك ، ولو كانت منفعة السكنى معقودا عليها مع منفعة الطحن وجب بقدر ما يخص منفعة السكنى كذا فى التاترخانية ، ومفاده أنه لايجب أجر بيت الرحى صالحا لغير الطحن كالسكنى ما لم تكن معقودا عليها . ونقل بعده عن القدورى : إن كان البيت ينتفع به لغير الطحن فعليه من الأجر بحصته اه ونحوه ما يأتى عن التبيين تأمل والانقطاع غير قيد ، لما فى التاترخانية أيضا : وإذا انتقص الماء ، فإن فاحشا فله حق الفسخ وإلا فلا . قال القدورى : إذا صار يطحن أقل من النصف فهو فاحش . وفى واقعات الناطفى لو يطحن على النصف له الفسخ وهذه تخالف رواية القدورى ، ولو لم يرده حتى طحن كان رضا منه وليس له الرد بعده اه (قوله كما مر) أى صريحا قبيل الإجارة الفاسدة حيث قال : ولو خربت الدار سقط كل الأجر ولا تنفسخ به ما لم يفسخها المستأجر هو الأصح اه ودلالة من قول المصنف تفسخ فإنه يفيد عدم الانفساخ ، وقدمنا التصريح به عن التاترخانية والإتقانى (قوله ودفع بحساب ما روى منها) نظيره ما قدمه الشارح عن الوهبانية قبيل الإجارة الفاسدة لو انهدم بيت من الدار يسقط من الأجر بحسابه ، لكن قدمنا هناك عن ابن الشحنة وغيره أنه خلاف ظاهر الرواية فتأمل (قوله وفى الولوالجية الخ) ذكره فى الفصل الثالث من كتاب المزارعة . وفيها : وإن استأجرها بشربها سقط عنه الأجر(١) لفوات التمكن من الانتفاع . ثم قال : ولو لم ينقطع الماء لكن سال عليها حتى لاتتهيأ له الزراعة فلا أجر عليه لأنه عجز عن الانتفاع به وصار كما إذا غصبه غاصب اه (قوله بغير شربها) أقول : تقدم فى باب ما يجوز من الإجارة وما لا يجوز أن للمستأجر الشرب والطريق ، وقدمنا هناك الفرق بينها وبين البيع فلعل ما هنا محمول على التصريح بعدم الشرب تأمل ، وتقدم هناك فروع متعلقة بعدم التمكن من الزراعة فراجعها (قوله استأجر حماما الخ) فى التاترخانية : سئل شمس الأئمة الحلوانى عمن استأجر حماما فى قرية فنفر الناس ووقع الجلاء ومضت مدة الإجارة هل يجب الأجر ؟ قال : إن لم يستطع الرفق بالحمام فلا . وأجاب ركن الإسلام السغدى بلا مطلقا ولو بقى بعض الناس وذهب البعض يجب الأجر اه . والظاهر أن المراد بالرفق به الارتفاق أى الانتفاع بنحو السكنى . وفرض المسألة فيما إذا مضت المدة ، فلو لم تمض فالظاهر أن له خيار الفسخ لأنه مخل بالمنفعة كمسألة الجوهرة تأمل ، وتقدم قبيل الإجارة الفاسدة أن الحمام او غرق يجب بقدر ماكان منتفعا (قوله ففزعوا ورحلوا) عبارة لسان الحكام فوقع الجلاء ونفر الناس (قوله فى الجملة) أى دون الانتفاع المعتاد (قوله كمرض العبد) فى البزازية : استأجر عبدا للخدمة فمرض العبد ، إن كان يعمل دون العمل الأول له خيار الرد ، فإن لم يرد

---

(١) (قوله سقط عنه الأجر) أى بانقطاع الشرب كما صرح به ط فيما نقله عن الهندية . قال شيخنا : وحينئذ لا فرق يظهر بين نفى الشرب وعدمه ، إلا أن يقال الفرق أنه فيما إذا نفى الشرب يكون المناط عدم إمكان سقيها بوجه ما وأما إذا لم ينف فالمناط عدم إمكان السقى من شربها خاصة اه .

ودبر الدابة) أى قرحتها وبسقوط حائط دار :

وفى التبيين : لو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الأجر بحصته لبقاء بعض المعقود عليه ، فإذا استوفاه لزمته حصته (فإن لم يخل العيب به أو أزاله المؤجر) أو انتفع بالمخل (سقط خياره) لزوال السبب :

(وعمارة الدار) المستأجرة (وتطيينها وإصلاح الميزاب وما كان من البناء على رب الدار) وكذا كل ما يخل بالسكنى (فإن أبى صاحبها) أن يفعل (كان للمستأجر أن يخرج منها إلا أن يكون) المستأجر (استأجرها وهى كذلك وقد رآها) لرضاه بالعيب :

(وإصلاح بئر الماء

وتمت المدة عليه الأجر ، وإن كان لا يقدر على العمل أصلا لا يجب الأجر وعلى قياس مسألة الرحى يجب أن يقال إذا عمل أقل من نصف عمله له الرد اه :

وفى الولوالجية : وكذا لو أبق فهو عذر أو كان سارقا لأنها توجب نقصانا فى الخدمة اه وقيد بمرض العبد ، إذ لو مرض الحر المستأجر ، وإن كان يعمل بأجرائه فليس بعذر ، وإن بنفسه فعذر كما فى البزازية (قوله ودبر الدابة) بالفتح : جرح ظهر الدابة أو خفها قاله ابن الأثير ط (قوله وبسقوط حائط دار) أى إن كان يضر بالسكنى وإلا فليس له أن يفسخ كما قدمناه عن البزازية (قوله وفى التبيين الخ) مثله فى الهداية (قوله والبيت) أى بيت الرحى (قوله لغير الطحن) كالسكنى مثلا (قوله بحصته) أى بحصة ما ينتفع به من غير الطحن (قوله لبقاء بعض المعقود عليه) يشعر بأن منفعة غير الطحن معقود عليها ، فلو لم تكن معقودا عليها فلا أجر ، وقدمنا عن التتارخانية أنه الأصح وأن ظاهر الرواية يشهد لهذا ، لكن قوله فإذا استوفاه الخ(١) يفيد أنه لو لم يستوفه بالفعل لا يجب ، ولو كان معقودا عليه لوجب وإن لم يستوف فتأمل ، ويدل على الأول ما ذكره الزيلعى وغيره فى الاستدلال على القول بعدم انفساخ الإجارة بانهدام الدار ما لم يفسخها لأن أصل الموضع مسكن بعد انهدام البناء ويتأتى فيه السكنى بنصب الفسطاط فبقى العقد ، لكن لا أجر على المستأجر لعدم التمكن من الانتفاع على الوجه الذى قصده بالاستئجار اه وتقدم الكلام قبيل الإجارة الفاسدة فيما لو سكن فى الساحة (قوله فإن لم يخل العيب به) أى بالنفع كما قدمناه عن عور العبد وسقوط شعره وسقوط حائط الدار الذى لا يخل (قوله أو أزاله المؤجر) أى أزال العيب كما لو بنى المنهدم ، ومثله ما لو زال بنفسه كما لو برئ العبد المريض :

وفى التاترخانية وغيرها . قال محمد رحمه الله فى السفينة المستأجرة : إذا نقضت وصارت ألواحا ثم ركبت وأعيدت سفينة لم يجبر على تسليمها إلى المستأجر اه أى لأنها بالنقض لم تبق سفينة ففات المحل كموت العبد بخلاف انهدام الدار تأمل (قوله أو انتفع بالمخل) بالخاء المعجمة والبناء للفاعل : أى بالشىء المستأجر المشتمل على العيب المخل أو بالبناء للمفعول : قال الزيلعى : لأنه قد رضى بالعيب فيلزمه جميع البدل كما فى البيع (قوله لزوال السبب) علة لقوله أو أزاله المؤجر ، لأن العقد يتجدد ساعة فساعة فلم يوجد العيب فيما يأتى بعده فسقط الخيار زيلعى (قوله وتطيينها) أى تطيين سطحها كما عبر به فى الولوالجية لأن عدمه مخل بالسكنى بخلاف تطيين جدرانها تأمل :

مطلب إصلاح بئر الماء والبالوعة والمخرج على المالك وإخراج التراب والرماد على المستأجر

(قوله وإصلاح بئر الماء الخ) هذه المسألة مثل ما قبلها من كل وجه فلا معنى لفصلها بكلام على حدة ح

---

(١) (قوله لكن قوله فإذا استوفاه الخ) يمكن حمل الاستيفاء فى كلام الشارح على الأعم من الحقيقى والحكمى وهو التمكن وحينئذ يندفع التنافى اه .

والبالوعة والمخرج على صاحب الدار) لكن (بلا جبر عليه) لأنه لايجبر على إصلاح ملكه (فإن فعله المستأجر فهو متبرع) وله أن يخرج إن أبى ربها خانية : أى إلا إذا رآها كما مر ، وفى الجوهرة : وله أن ينفرد بالفسخ بلا قضاء ولو استأجر دارين فسقطت أو تعيبت إحداهما فله تركهما لو عقد عليهما صفقة واحدة .

قلت : وفى حاشية الأشباه معزيا للنهاية ، إن العذر ظاهرا ينفرد ، وإن مشتبها لاينفرد وهو الأصح (وبعذر) عطف على بخيار شرط (لزوم ضرر لم يستحق بالعقد إن بقى) العقد

وتفريغ البئر إذا امتلأت على المالك بلا جبر أيضا . قال فى الولوالجية لأن المعقود عليه منفعة السكنى وشغل باطن الأرض لايمنع الانتفاع بظاهرها من حيث السكنى ، ولهذا لو سكنه مشغولا لزمه كل الأجر ، وإنما للمستأجر ولاية الفسخ لأنه تعيب المعقود عليه (قوله والبالوعة والمخرج)عطف على الماء لقول البزازية وإصلاح بئر البالوعة والماء الخ وكذا تفريغهما ، ولو امتلأ من المستأجر على المالك كما فى المنح ، وأفتى به فى الحامدية ، وكذا فى الخيرية ونقله عن عدة كتب . وقال فى الولوالجية : وأما البالوعة وأشباهها فليس على المستأجر تفريغها استحسانا . والقياس أن يجب لأن الشغل حصل من جهته . وجه الإستحسان أن المشغول بهذه الأشياء باطن الأرض فلا يمنع التسليم بعد انقضاء العقد ، ولو شرطه رب الدار على المستأجر حين آجره فى الإستحسان لايجوز ويفسد العقد لأنه لايقتضيه ولأحدهما فيه منفعة اهـ . وفى البزازية : ولو امتلأ مسيل الحمام فعلى المستأجر تفريغه ظاهراً كان أو باطنا اهـ . وفيها وتسييل ماء الحمام وتفريغه على المستأجر وإن شرط نقل الرماد والسرقين رب الحمام على المستأجر لايفسد العقد ، وإن شرط على رب الحمام فسد اهـ فتأمل ، ولعله مفرع على القياس أو مبنى على العرف ففى البزازية : وفى استئجار الطاحونة فى كرى نهرها يعتبر العرف . وفيها خرج المستأجر من البيت وفيه تراب أو رماد على المستأجر إخراجه بخلاف البالوعة ، وإن اختلفا فى التراب الطاهر فالقول للمستأجر أنه استأجرها وهو فيه (قوله لأنه لايجبر على إصلاح ملكه) قال الحموى يفهم من هذا التعليل أن الدار لو كانت وقفا يجبر الناظر على ذلك اهـ ط (قوله فهو متبرع) أى ولا يحسب له من الأجرة : بقى هل له قلعه فيه تفصيل : قال فى جامع الفصولين : بنى بلا أمر ثم انفسخت الإجارة أو انقضت مدتها ، فلو كان البناء من لبن اتخذ من تراب الدار فللمستأجر رفع البناء ويغرم قيمة التراب لمالكه ، وإن كان من طين لاينقض إذ لو نقض يعود ترابا اهـ .

وحاصله أنه إن عمر بما لو نقض يبقى مالا فله نقضه وإلا فلا ويتفرع عليه أمور كثيرة سائحانى (قوله فله تركهما) عبارة البزازية : فله ترك الأخرى لتفرق الصفقة (قوله وفى حاشية الأشباه الخ) قال أبو السعود فى حاشيتها : ثم الفسخ إنما يكون بالقضاء على رواية الزيادات ، حتى لو باع المؤجر دكانه قبل القضاء لايجوز ، وعلى رواية الأصل يكون بدونه فيجوز بيعه ، والأولى أصح لأن الفسخ مختلف فيه فيتوقف على القضاء كالرجوع فى الهبة . قال الولوالجى : وهذا فى الدين خاصة أما فى أعذار أخر ينفرد من له العذر بالفسخ بلا قضاء هو الصحيح من الرواية ومن المشايخ من وفق بينهما بأن العذر إن كان ظاهراً لم يحتج إلى القضاء وإلا كالدين الثابت بإقراره يحتاج إليه ليصير العذر بالقضاء ظاهراً . وقال قاضيخان والمحبوبى : القول بالتوفيق هو الأصح ، وقواه الشيخ شرف الدين بأن فيه إعمال الروايتين مع مناسبة فى التوزيع فينبغى اعتماده . وفى تصحيح العلامة قاسم : مايصححه قاضيخان مقدم على مايصححه غيره لأنه فقيه النفس ، وبه ظهر أن قول الشارح أول الباب تفسخ بالقضاء أو الرضا ليس على ماينبغى مع إيهامه اشتراط ذلك فى خيار الشرط والرؤية أيضا ، وقد علمت مافيه مما قدمناه عن القهستانى هناك فتنبه (قوله إن العذر ظاهراً) كمسألة سكون الضرس واختلاع المرأة (قوله وبعذر الخ) فلا تفسخ بدونه

(كما فى سكون ضرس استؤجر لقلعه وموت عرس أو اختلاعها استؤجر) طباخ (لطبخ وليمتها و) بعذر (لزوم دين) سواء كان ثابتا (بعيان) من الناس (أو بيان) أى بينة (أو إقرار و) الحال أنه (لامال له غيره)

إلا إذا وقعت على استهلاك عين كالإستكتاب فلصاحب الورق فسخها بلا عذر ، وأصله فى المزارعة لرب البذر الفسخ دون العامل أشباه .

وفى حاشيتها لأبى السعود عن البيرى : والحاصل أن كل عذر لايمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه فى نفسه أو ماله يثبت له حق الفسخ .

مطلب فى رجم الدار من الجن هل هو عذر فى الفسخ

قال البيرى : يؤخذ منه أن الرجم الذى يقع كثيراً فى البيوت ويقال إنه من الجان عذر فى فسخ الإجارة لما يحصل من الضرر الخ ماذكره اه .

أقول : يظهر هذا لو كان الرجم لذات الدار أما لو كان لشخص مخصوص فلا ، وقد أخبرنى بعض الرفقاء أن أهل زوجته سحروا أمه ، فكلما دخلت داره يحصل الرجم وإذا خرجت ينقطع ، والله تعالى أعلم تأمل .

مطلب فسق المستأجر ليس عذرا فى الفسخ

[فرع كثير الوقوع] قال فى لسان الحكام : لو أظهر المستأجر فى الدار الشر كشرب الخمر وأكل الربا والزنا واللواطة يؤمر بالمعروف وليس للمؤجر ولا لجيرانه أن يخرجوه فذلك لايصير عذرا فى الفسخ ولا خلاف فيه للأئمة الأربعة . وفى الجواهر : إن رأى السلطان أن يخرجه فعل اه . وقدمنا عن الإسعاف : لو تبين أن المستأجر يخاف منه على رقبة الوقف يفسخها القاضى ويخرجه من يده فليحفظ (قوله كما فى سكون ضرس الخ) التقييد بسكون الضرس وموت العرس أو اختلاعها يفهم منه أنه بدونه لايكون له الفسخ . قال الحموى : وفى المبسوط إذا استأجره ليقطع يده للأكلة أو لهدم بناء له ثم بدا له فى ذلك كان عذرا إذ فى إبقاء العقد إتلاف شىء من بدنه أو ماله ، وهذا صريح فى أنه لو لم يسكن الوجع يكون له الفسخ اه .

أقول : وفى جامع الفصولين كل فعل هو سبب نقص المال أو تلفه فهو عذر لفسخه كما لو استأجره ليخيط له ثوبه أو ليقصر أو ليقطع أو يبنى بناء أو يزرع أرضه ثم ندم له فسخه اه . زاد فى غاية البيان عن الكرخى : أو ليفصد أو ليحجم أو يقلع ضرساً له ثم يبدو له أن لايفعل فله فى ذلك كله الفسخ لأن فيه استهلاك مال أو غرما أو ضرراً اه : ثم رأيت الشرنبلالى بحث كما قلناه وقال : ثم رأيته فى البدائع إلا مسألة الخلع لكنه يفيد ذلك اه .

أقول : وذكر شراح الجامع أنه يقال للشافعى رحمه الله : ماتقول فيمن استؤجر لقلع سن أو اتخاذ وليمة ثم زال الوجع وماتت العرس فحينئذ يضطر إلى الرجوع عن قوله الخ فظهر أن القيد ذكر لزيادة الإلزام فلا مفهوم له فتنبه (قوله وبعذر لزوم دين) أطلقه فشمل القليل والكثير كما فى شرح البيرى عن جوامع الفقه . وإذا فسخت يبدأ من الثمن بدين المستأجر وما فضل للغرماء ، حتى لو لم يكن فى الثمن فضل لاتنفسخ كما فى الزيادات . وفى البزازية والدرهم دين قادح تفسخ به بخلاف الأقل . وفى الولوالجية : أراد نقض الإجارة وبيع الدار لنفقته ونفقة أهله لكونه معسرا له ذلك . وفى شرح الزيادات للسرخسى : قيل يفسخها القاضى ثم يبيع والمختار أنها تنفسخ ضمن القضاء بنفاذ البيع أبو السعود على الأشباه . وحكى فى الخلاصة قولين فى فسخها للنفقة : الأول عن أبى الليث ، والثانى عدم الفسخ عن ظهير الدين (قوله بعيان أو بيان الخ) الظاهر أن أحدهما مغن عن الآخر وأن المراد بالإقرار

أى غير المستأجر لأنه يحبس به فيتضرر إلا إذا كانت الأجرة المعجلة تستغرق قيمتها أشباه (و) بعذر (إفلاس مستأجر دكان ليتجر و) بعذر (إفلاس خياط يعمل بماله) لا بإبرته .

(استأجر عبدا ليخيط فترك عمله و) بعذر (بداء مكترى دابة من سفر) ولو فى نصف الطريق فله نصف الأجر إن استويا صعوبة وسهولة وإلا فبقدره شرح وهبانية وخانية (بخلاف بداء المكارى) فإنه ليس بعذر إذ يمكنه إرسال أجيره ؛ وفى الملتقى : ولو مرض فهو عذر فى رواية الكرخى دون رواية الأصل ،

قلت : وبالأولى يفتى ، ثم قال : ولو استأجر دكانا لعمل الخياطة فتركه لعمل آخر فعذر ، وكذا لو استأجر

الإقرار السابق على الإجازة وإلا يلزم أن يكون حجة متعدية مثلا مسكين ؛ وفى كلام الشارح إشارة إلى دفع الأول لأن المراد بالعيان مشاهدة الناس وبالبيان إقامة البينة ، وينافى الثانى قولهم فى الاستدلال للإمام جوابا عن قول الصاحبين إن هذا الإقرار يضر المستأجر فلم يجز فى حقه ، وللإمام أن الإقرار يلاقى ذمة المقر ولا حق لأحد فيه فيصح ثم يتعدى اه تأمل ؛ ثم رأيت فى غاية البيان عن شرح الطحاوى صرح بكون الإقرار بالدين بعد عقد الإجارة فتأيد ماقلناه ؛

[فرع] أقر بداره لرجل بعد ما آجرها صح فى حق نفسه لا فى حق المستأجر فإذا مضت المدة يقضى للمقر له ولوالجية (قوله أى غير المستأجر) بالبناء للمفعول تفسيرا للضمير فى غيره أو للفاعل تفسيرا للضمير فى له ، ولكل مرجح فتبصر (قوله لأنه يحبس به) باعتبار أنه قد لا يصدق على عدم مال آخر ابن كمال (قوله تستغرق قيمتها) أى قيمة العين المستأجرة : أى بأن لا يكون فى قيمتها فضل على دين المستأجر من الأجرة المعجلة وبه صرح فى الزيادات ، فقول الحانوتى : هذا قيد حسن فى فسخها وهو غريب لم أقف عليه غير مسلم أفاده أبو السعود (قوله وبعذر إفلاس مستأجر دكان) وكذا إذا كسد سوقها حتى لا يمكنه التجارة هندية ؛ وفى المنية : لا يكون الكساد عذرا اه : ويمكن حمله على نوع كساد سائحانى. أما لو أراد التحول إلى حانوت آخر هو أوسع أو أرخص ويعمل ذلك العمل لم يكن عذرا ، وإن ليعمل عملا آخر ففى الصغرى عذر ، وفى فتاوى الأصل إن تهيأ له الثانى على ذلك الدكان فلا ، وإلا فنعم تاترخانية ، فالإفلاس غير قيد وسيأتى (قوله لا بإبرته) لأن رأس ماله حينئذ إبرة ومقراض فيعمل بالأجر فلا يتحقق فى حقه العذر إلا بأن تظهر خيانته عند الناس فيمنعونه عن تسليم الثياب تاترخانية (قوله استأجر عبدا الخ) صفة ثانية لخياط (قوله وبعذر بداء مكترى دابة) البداء بالمد وفتحتين مصدر بدا له : أى ظهر له رأى غير الأول منعه عنه منح ، فالظاهر أن من فى قوله من سفر بمعنى عن أو للبدلية تأمل ؛ وفى الخلاصة : ولو اشترى المستأجر إبلا فهذا عذر اه بخلاف ما لو اشترى منزلا فأراد التحول إليه ، والفرق مكان إكراء الدار لا الدابة ، لأن الركوب يختلف باختلاف المستعمل ، بخلاف السكنى بزازية (قوله وسهولة) الواو بمعنى أو ط (قوله بخلاف بداء المكارى) أى بلا سبب ظاهر يصلح عذرا كما إذا وجد من يستأجر بأكثر وسيذكر الشارح ما لو مات المكارى فى الطريق (قوله قلت وبالأولى يفتى) نقله فى شرحه عن القهستانى ، وقال إنه المختار عند المصنف : أى لأنه قدمه كما هو عادته (قوله ثم قال) أى فى الملتقى (قوله فعذر) كذا أطلقه فى البزازية ، ثم نقل عن المحيط ما قدمنا آنفا من التفصيل ، وسينقله عن الولوالجية .

مطلب ترك العمل أصلا عذر

بقى شىء : وهو أن قولهم فتركه لعمل آخر مع هذا التفصيل يفيد أنه لو ترك العمل أصلا كان عذرا ، ويدل عليه ما فى الخانية : استأجر أرضا ليزرعها ثم بدا له ترك الزراعة أصلا كان عذرا اه وقد علمت أن الإفلاس فى مسألة الدكان غير قيد وهكذا حرره الرملى فى حاشيته ، واستشهد له بما فى جواهر الفتاوى استأجر حماما سنة وصار بحال

عقارا ثم أراد السفر اهـ . وفى القهستانى : سفر مستأجر دار للسكنى عذر دون سفر مؤجرها ، ولو اختلفا فالقول للمستأجر فيحلف بأنه عزم على السفر . وفى الولوالجية : تحوله عن صنعته إلى غيرها عذر وإن لم يفلس حيث لم يمكنه أن يتعاطاها فيه . وفى الأشباه : لا يلزم المكارى الذهاب معها ولا إرسال غلام وإنما يجب الأجر بتخليتها (و) بخلاف (ترك خياطة مستأجر) عبد ليخيط (ليعمل) متعلق بترك (فى الصرف) لإمكان الجمع (و) بخلاف (بيع ما آجره) فإنه أيضا ليس بعذر بدون لحوق دين كما مر ويوقف بيعه إلى انقضاء مدتها هو المختار ، لكن لو قضى بجوازه نفذ وتمامه فى شرح الوهبانية . وفيه معزيا للخانية : لو باع الآجر المستأجر فأراد المستأجر أن يفسخ بيعه لا يملكه هو الصحيح ، ولو باع الراهن الرهن للمرتهن فسخه .

(وتنفسخ) بلا حاجة إلى الفسخ (بموت أحد عاقدين) عندنا

لا يتحصل من الغلة قدر الأجرة وأراد أن يرد الحمام إن لم يعمل الحمامى فله أن يرده : أى حيلته أن يترك العمل الخ فراجعه ويظهر لى أنه يحلف كمسألة السفر الآتية تأمل .

مطلب إرادة السفر أو النقلة من المصر عذر فى الفسخ

(قوله ثم أراد السفر) وكذا الانتقال من المصر عذر فى نقض إجارة العقار لأنه لا يمكنه الانتفاع إلا بحبس نفسه وهو ضرر جامع الفتاوى وغيره ، ومثله في القنية . ثم قال رامزا طب ، وهذا يدل على أن القروى إذا استأجر دارا فى الشتاء وأراد الخروج فى الصيف إلى قريته أو المصرى أراد الخروج إلى الرستاق صيفا فله نقض الإجارة ولا يشترط أن يكون بين المصرين مسيرة سفر اهـ . وفى البزازية : استأجر أرضا فى قرية وهو ساكن فى أخرى ، إن بينهما مسيرة سفر فعذر وإلا فلا اهـ تأمل (قوله ولو اختلفا) بأن قال المستأجر أريد السفر وقال المؤجر إنه يتعلل (قوله فيحلف الخ) هذا أحد أقوال ، وإليه مال الكرخى والقدورى ، وقيل يسأل رفقته ، وقيل يحكم زيه وثيابه ، وقيل القول لمنكر السفر . وفى الخلاصة : ولو خرج إلى السفر بعد الفسخ ثم رجع وقال بدا لى فى ذلك وقال خصمه إنه كاذب يحلف بالله إنك صادق فى خروجك بعد الفسخ (قوله وفى الأشباه الخ) ذكره فى الولوالجية عن خواهر زاده . ثم قال : وذكر محمد فى الكتاب أنه يؤمر أن يرسل غلاما يتبع الدابة لأن الواجب على الآجر التخلية بين الدابة والمستأجر وقد وجد فيجب الأجر اهـ وهو تعليل للأول كما لا يخفى ، وظاهره ترجيحه ولذا اقتصر عليه فى الأشباه تأمل (قوله وبخلاف ترك خياطة الخ) تركيب ركيك المعنى مع تتابع الإضافة ولو قال وبخلاف خياط استأجر عبدا للخياطة فتركها ليعمل فى الصرف لكان أوضح ط (قوله ليخيط) متعلق بمستأجر (قوله لإمكان الجمع) إذ يمكنه أن يقعد الغلام للخياطة فى ناحية ويعمل فى الصرف فى ناحية منح (قوله وبخلاف بيع ما آجره) أى بدون إذن المستأجر .

قال فى البزازية : فلو أذن حتى انفسخت الإجارة ثم المشترى رد المبيع بطريق ليس بفسخ لا تعود الإجارة بلا إشكال ، وإن بطريق هو فسخ تعود ، وبه يفتى اهـ : وقيد بالبيع لما فى التاترخانية عن المحيط ، اشترى شيئا وآجره من غيره ثم اطلع على عيب فله رده بالعيب وتفسخ الإجارة (قوله نفذ) لأن عند الإمام الثانى يجوز البيع بزازية

قلت : هذا فى غير قضاة زماننا فتدبر (قوله للمرتهن فسخه) قال الشرنبلالى فى شرح الوهبانية : والمختار أنه موقوف فيفتى بأن بيع المستأجر والمرهون صحيح لكنه غير نافذ ولا يملكان فسخه فى الصحيح وعليه الفتوى وإذا علم المشترى بكونه مرهونا أو مستأجرا عندهما يملك النقض ، وعند أبى يوسف لا يملك مع علمه وبه أخذ المشايخ اهـ رحمتى (قوله بلا حاجة إلى الفسخ) بخلاف ما مر ولذا عبر هناك بقوله تفسخ وهنا بقوله تنفسخ

لايجنونه مطبقا (عقدها لنفسه) إلا لضرورة كونه فى طريق مكة ولا حاكم فىالطريق فتبقى إلى مكة ، فيرفع الأمر إلى القاضى ليفعل الأصلح فيؤجرها له لو أمينا أو يبيعها بالقيمة ويدفع له أجرة الإياب إن برهن على دفعها وتقبل البينة هنا بلا خصم لأنه يريد الأخذ من ثمن مافى يده أشباه :

وفى الخانية : استأجر دارا أو حماما أو أرضا شهرا فسكن شهرين هل يلزمه أجر الثانى : إن معدا للاستغلال نعم ، وإلا لا ، وبه يفتى :

قلت : فكذا الوقف ومال اليتيم ، وكذا لو تقاضاه المالك وطالبه بالأجر فسكت يلزمه الأجر بسكناه بعده ولو سكن المستأجر بعد موت المؤجر هل يلزمه أجر ذلك ؟ قيل نعم لمضيه على الإجارة وقيل هو كالمسألة الأولى،

(قوله لا يجنونه مطبقا) قال فى الدر المنتقى : ولا بردته إلا أن يلحق بدارهم ويقضى به ، فإن عاد مسلما فى المدة عادت الإجارة كما فى الباقانى عن الظهيرية (قوله إلا لضرورة) قال فى الدر المنتقى ، وقد تقرر استثناء الضروريات ، فمن الظن أنه ينتقض بموت المزارع أو المكارى فى طريق مكة فإنه لا ينفسخ حتى يبلغ مأمنا ، لأن الإجارة كما تنتقض بالأعذار تبقى بالأعذار فليحفظ ، نعم يشكل بموت المعقود عليه كدابة معينة فإنه ينفسخ اه :

قلت : وتبطل بعجز المكاتب بعد ما استأجر شيئا كما فى البدائع ، وبملك المستأجر العين بميراث أو هبة أو نحو ذلك كما فى التاترخانية (قوله كونه) أى موت المؤجر فلو مات المستأجر لزمه الأجر بحساب ماسار ولوالجية (قوله فى طريق مكة ولا حاكم) قال فى الولوالجية : قالوا هذا إذا كان فى موضع يخاف أن ينقطع به وليس ثمة قاض ولا سلطان يرفع الأمر إليه فكان المؤثر فى بقاء عقد الإجارة كلا المعنيين اه : وذكر فى التاترخانية أن المستأجر إذا أنفق عليها فى الطريق أو استأجر من يقوم عليها لايرجع على ورثة المكارى (قوله فيؤجرها) أى ممن هى فى يده للإياب (قوله بلا خصم) أو ينصب القاضى وصيا عنه كما فى الولوالجية (قوله لأنه يريد الخ) وإنما يشترط الخصم لقبول البينة إذا أراد المدعى أن يأخذ منه شيئا من يده ولوالجية (قوله إن معدا للاستغلال نعم) قال الشارح فى كتاب الغصب : بأن بناه لذلك أو اشتراه لذلك قيل أو أجره ثلاث سنين على الولاء وبموت رب الدار وبيعه يبطل الإعداد ، ولو بنى لنفسه ثم أراد أن يعده ، فإن قال بلسانه ويخبر الناس صار ذكره المصنف اه ، وقدمنا أنه غير مختص بالعقار وسيأتى فى الغصب إن شاء الله تعالى (قوله وإلا لا) لكن لو دفع أجرة ماسكن لايستردها منه هكذا ذكره فى التاترخانية ولم يقيده بالمعد للاستغلال (قوله قلت فكذا الوقف الخ) هذه الملحقات مصرح بها فى شرح الوهبانية ح (قوله وطالبه بالأجر) عطف تفسير على تقاضاه : أى طلب منه أجر الشهر الثانى ح (قوله قيل نعم) فى التاترخانية عن جامع الفتاوى : عليه الفتوى لأنه مضى على الإجارة وماغصب خصوصا فى مواضع أعدت للعقد (قوله وقيل هو كالمسألة الأولى) أى مسألة مالإذا سكن شهرين ح ، وهذا القول رجحه فى البزازية حيث قال : سكن المستأجر بعد موت المؤجر ، قيل يجب الأجر بكل حال لأنه ماض على الإجارة والمختار للفتوى جواب الكتاب وهو عدم الأجر قبل طلبه ، أما إذا سكن بعد طلب الأجر يلزم ، ولا فرق بين المعدّ للاستغلال وغيره ، وإنما الفرق فى ابتداء الطلب : وفى المحيط : والصحيح لزوم الأجر إن معدا بكل حال اه :

والحاصل أن المرجح فى سكناه بعد الموت كما فى سكناه قبله ، فإن معدا للاستغلال أو تقاضاه هو أو الوارث يلزم وإلا لا ، ومثله لو تقاضاه ولى اليتيم ، ولا يتأتى هنا الوقف لأنه لايكون ميراثا ولا تفسد إجارته بموت المؤجر

وينبغي أن لا يظهر الانفساخ هنا مالم يطالب الوارث بالتفريغ أو بالتزام أجر آخر ولو معدا للاستغلال لأنه فصل مجتهد فيه ، وهل يلزم المسمى أو أجر المثل ؟ ظاهر القنية الثاني ، وتمامه فى شرح الوهبانية .

وفى المنية : مات أحدهما والزرع بقل بقى العقد بالمسمى حتى يدرك ، وبعد المدة بأجر المثل . وفى جامع الفصولين : لو رضى الوارث وهو كبير ببقاء الإجارة ورضى به المستأجر جاز اه أى فيجعل الرضا بالبقاء إنشاء عقد : أى لجوازها بالتعاطى فتأمله . وفى حاشية الأشباه : المستأجر والمرتهن والمشترى أحق بالعين من سائر الغرماء لو العقد صحيحا ، ولو فاسدا فأسوة الغرماء فليحفظ .

(فإن عقدها لغيره لا تنفسخ كوكيل) أى بالإجارة . وأما الوكيل بالاستئجار إذا مات تبطل الإجارة ، لأن التوكيل بالاستئجار توكيل بشراء المنافع فصار كالتوكيل بشراء الأعيان فيصير مستأجرا لنفسه ثم يصير مؤجرا للموكل ، فهو معنى قولنا إن الموكل بالاستئجار بمنزلة المالك ، كذا نقله المصنف عن الذخيرة .

قلت : ومثله فى شرح المجمع والبزازية والعمادية ، ثم قال المصنف قلت : هذا يستقيم على ماذكره الكرخى

وظاهره أن الإعداد لايبطل بالموت فيخالف ماقدمناه عن الشارح فتأمل (قوله وينبغى الخ) مذكور فى الخانية ونقله فى المنح مصدراً بقوله وقال مولانا الخ ، والمراد به قاضيخان لاصاحب البحر شيخ المصنف فافهم ، ثم إن قوله لايظهر الانفساخ أى لايظهر حكمه ، ومقتضاه أنه يجب الأجر المسمى فى العقد السابق كما سيذكره عن المنية فى مسألة الزرع (قوله مالم يطالب الوارث الخ) أى فيظهر حكم الانفساخ ، لأن مطالبته بالتفريغ دليل عدم رضاه بالمضى على العقد السابق وبإنشاء عقد لاحق ، ومطالبته بالتزام أجر آخر دليل رضاه بإنشاء عقد لاحق ونقض حكم العقد السابق ، فيظهر حينئذ حكم الانفساخ وهو عدم وجوب المسمى فى العقد السابق (قوله ولو معدا للاستغلال) لايخفى أن قاعدة لو الوصلية أن يكون نقيض مابعدها أولى بالحكم نحو أكرمك ولو أهنتنى وهنا كذلك فإنه إذا ظهر الانفساخ فى المعد بالمطالبة المذكورة مع أن الإعداد دليل بقاء الإجارة فغير المعد أولى فافهم (قوله لأنه فصل) علة لقوله لايظهر الخ (قوله وهل يلزم الخ) هذا راجع إلى ماقبل قوله ، وينبغى الذى بحثه فى الخانية أما ذلك البحث فقد علمت أنه لو سكن قبل المطالبة يجب المسمى فى العقد السابق . وأما بعدها ، فإن طالبه بالتفريغ وسكن بعده فينبغى وجوب أجر المثل لو معدًا للاستغلال دون المسمى فى العقد السابق لظهور انفساخه ، وإن طالبه بأجر آخر وسكن بعده ينبغى لزوم ذلك الأجر الذى طالبه به كما سيظهر فى المتفرقات عن الأشباه (قوله وفى المنية الخ) حاصله التفرقة فيما إذا لم يدرك الزرع بين موت أحدهما فى أثناء المدة وبين انقضائها ، ففى الأول يترك إلى الحصاد بالمسمى ، وفى الثانى بأجر المثل ، وقد تقدمت المسألة متنا فى باب ما يجوز من الإجارة ، وحررنا هناك أن العقد انفسخ بالموت حقيقة واعتبر باقيا حكما للضرورة فلذا وجب المسمى ، فقوله هنا بقى العقد أى حكما لا حقيقة فتنبه (قوله أى لجوازها بالتعاطى) لأن ظاهره أنه لم يصدر لفظ من كل منهما ، ولذا قال فى البدائع ويكون بمنزلة عقد مبتدأ اه . أما لو قال اتركها فى يدى بالأجر السابق فقال رضيت أو نعم فهو إيجاب وقبول صريحان لا يحتاج التنبيه عليه .

وفى التاترخانية عن الملتقط : استأجر أجيرا للحفظ كل شهر بكذا ثم مات فقال وصيه للأجير اعمل على ماكنت تعمل فإنا لا نحبس عنك الأجر ثم باع الوصى الضيعة فقال المشترى للأجير كذلك ، فمقدار ما عمل فى حياة الأول يجب المسمى فى تركته وفيما عمل للوصى والمشترى أجر المثل . قال الفقيه : إذا لم يعلما مقدار المشروط من الميت ، فإن علماه فالمسمى أيضا ، وسيأتى قريبا فى المتفرقات عن الأشباه السكوت فى الإجارة رضا وقبول الخ (قوله وفى حاشية الأشباه الخ) مخالف لما قدمه قبيل باب ما يجوز من الإجارة من أن المستأجر أحق

من أن الملك يثبت للوكيل ثم ينتقل إلى الموكل. وأما على ما قاله أبو طاهر من أنه يثبت للموكل ابتداء، وبه جزم فى الكنز ، وهو الأصح كما فى البحر فلا يستقيم ، والله تعالى أعلم اه .

قلت : وتعقبه شيخنا بأنه غير مستقيم على ما ذكره الكرخى أيضا لاتفاقهم على عدم عتق قريب الوكيل لأن ملكه غير مستقر والموجب للعتق والفساد الملك المستقر .

ثم قال : والحاصل أن الأصح أن الإجارة لاتنفسخ بموت المستأجر والنقل به مستفيض اه، والله أعلم (ووصى) وأب وجد وقاض (ومتولى الوقف) لبقاء المستحق له والمستحق عليه ، حتى لو مات المعقود له بطلت درر ، إلا إذا كان متولى وقف خاص به وجميع غلاته له كما فى وقف الأشباه معزيا للوهبانية . قال : وإطلاق المتون بخلافه .

قلت : وبإطلاق المتون أفتى قارئ الهداية ، فكان هو المذهب المعتمد كما قاله المصنف فى حاشيته على الأشباه ، ولذا قال فى الأشباه بعد أربع أوراق : لا تنفسخ الإجارة بموت مؤجر الوقف إلا فى مسألتين أما إذا آجرها الواقف ثم ارتد ثم مات لبطلان الوقف بردته ، وفيما إذا آجر أرضه ثم وقفها على معين ثم مات

لو العين فى يده ولو بعقد فاسد وسيذكره أيضا فى المتفرقات وقدمنا بيانه عن جامع الفصولين .

وفى الحموى عن العمادية والبزازية : بين فاسد هذه العقود وصحيحها فرق فى مسألة واحدة ، وهى ما إذا وقعت الإجارة أو البيع بدين كان للمستأجر أو المشترى على الآجر أو البائع ثم فسخا العقد وكان فاسدا لايكون للمشترى ولا للمستأجر حق الحبس لاستيفاء الدين ولا يكون أولى بها من سائر الغرماء ، بخلاف ما إذا كان العقد صحيحا والرهن الفاسد كالصحيح فى الحياة والممات فالمرتهن أحق به لكن إذا لحق الدين الرهن الفاسد، أما لو سبق الدين ثم تفاسخا بعد قبضه فليس أحق به وليس له الحبس اه ملخصا، فالظاهر أن المراد بما نقله عن حاشية الأشباه من الفرق بين الصحيح والفاسد هذه المسألة فلا يخالف ما مر فتدبر (قوله لاتفاقهم على عدم عتق قريب الوكيل) أى لو اشتراه ، وتمام عبارة شيخه الرملى : وعدم فساد نكاحها لو اشتراها (قوله والفساد) أى فساد النكاح فيما إذا اشترى بالوكالة امرأته من سيدها (قوله بموت المستأجر) أى الوكيل المستأجر ح (قوله والنقل به مستفيض) قال السائحانى : فى البدائع أن الإجارة لا تبطل بموت الوكيل سواء كان من طرف المؤجر أو المستأجر اه .

قلت : ومثله فى القهستانى عن قاضيخان . وفى التاترخانية : كل من وقع له عقد الإجارة إذا مات تنفسخ الإجارة بموته ، ومن لم يقع العقد له لاينفسخ بموته وإن كان عاقدا يريد الوكيل والوصى ، وكذا المتولى فى الوقف اه (قوله لبقاء المستحق له) عبارة الدرر والمنح : لبقاء المستحق عليه والمستحق اه . والمراد بالأول المستأجر لأنه استحق عليه الأجرة ، وبالثانى أهل الوقف ونحوهم تأمل (قوله قلت وإطلاق المتون بخلافه) ذكر هذه العبارة صاحب الأشباه . وفى بعض النسخ قال بدل قلت وضميره لصاحب الأشباه . قال العلامة عبد البر : والذى فى غالب كتب المذهب يقتضى عدم بطلان الإجارة فى الوقف بموت المؤجر سواء الواقف وغيره من القيم والوصى والقاضى ، وذلك مقتضى تعليلاتهم أن المستحق إذا كان ناظرا لا تبطل بموته وإن كان مستحقا لجميع الريع إذ لا ملك له فى الرقبة وإنما حقه فى الغلة ، وذكره الشرنبلالى ط (قوله أفتى قارئ الهداية) حيث قال لاتنفسخ بموت الناظر المؤجر وإن كان هو المستحق بانفراده (قوله إلا فى مسألتين) الاستثناء منقطع ، أما فى الأولى فلأنه بطل بالردة كما صرح به فى التعليل وصارت ميراثا بالموت فتأمل ، وأما فى الثانية فلما قال ابن الشحنة إن أصل المسألة فى وقف أوجر وهذا مؤجر ملك لا وقف (قوله على معين) الذى فى معاياة الوهبانية وشرحها على غير

تنفسخ . وفى وقف فتاوى ابن نجيم سئل إذا آجر الناظر ثم مات فأجاب لا تنفسخ الإجارة فى الوقف بموت المؤجر والمستأجر كذا رأيته فى عدة نسخ لكنه مخالف لما فى إجارة فتاوى قارئ الهداية فتنبه . وفيها أيضا لا تنفسخ بموت المتولى ولو الغلة له بمفرده اه فتنبه : وفى الفيض الواقف لو آجر الوقف بنفسه ثم مات ، فنى الاستحسان لا تبطل لأنه آجر لغيره اه ؛ ومثله فى البزازية . وفى السراجية : وحكم عزل القاضى والمتولى كالموت فلا تنفسخ (و) تنفسخ أيضا (بموت أحد مستأجرين أو مؤجرين فى حصته) أى حصة الميت لو عقدها لنفسه (فقط) وبقيت فى حصة الحى .

[فرع] فى وقف الأشباه : تخلية البعيد باطلة ، فلو استأجر قرية وهو بالمصر لم يصح تخليتها على الأصح ، فينبغى للمتولى أن يذهب إلى القرية مع المستأجر أو غيره ، فيخلى بينه وبينها أو يرسل وكيله أو رسوله إحياء لمال الوقف فليحفظ .

قلت : لكن نقل محشيها ابن المصنف فى زواهر الجواهر عن بيوع فتاوى قارئ الهداية أنه متى مضى مدة يتمكن من الذهاب إليها والدخول فيها كان قابضا وإلا فلا فتنبه اه .

معين (قوله تنفسخ) لأن ابتداء العقد كان لنفسه ح (قوله لكنه مخالف الخ) أقول : بل هو مخالف لسائر المتون ويمكن أن يجاب عن ابن نجيم بأن يكون المراد بالمؤجر والمستأجر فى كلامه الناظر وأنه قصد الجواب عن مسألتين : الأولى إذا آجر الناظر أرض الوقف ، والثانية إذا استأجر الناظر أرضا من شخص من مال الوقف يستغلها للوقف ح (قوله وفيها أيضا) هذا أيضا مما يرد على ما نقله صاحب الأشباه فيما إذا كان المؤجر متولى وقف خاص وجميع غلته له ، فالأولى ذكر ذلك قبل قوله وفى فتاوى ابن نجيم ، وأشار بقوله فتنبه إلى الرد المذكور ط (قوله وبقيت فى حصة الحى) ولا يضره الشيوع لأنه طارئ كما تقدم فى محله (قوله أو غيره) كوكيله وليس موجودا فى عبارة الأشباه (قوله إحياء لمال الوقف) لأنه بدون التسليم لا تلزم الأجرة ، لكن لا يخفى أن التسليم ليس شرطا لصحة العقد ، وقد تقدم أنه إذا كانت الإجارة صحيحة وتمكن من الانتفاع يجب الأجر ، أما فى الفاسدة فلا يجب إلا بحقيقة الانتفاع ، وتقدم أيضا أن ظاهر الإسعاف إخراج الوقف فتجب أجرته فى الفاسدة بالتمكن ، فينبغى حمل كلامه هنا على ما إذا لم يتمكن منه فتأمل (قوله عن بيوع فتاوى قارئ الهداية) ونصها : سئل عن شخص اشترى من آخر دارا ببلدة وهما ببلدة أخرى وبين البلدتين مسافة يومين ولم يقبضها ، بل خلى البائع بين المشترى والمبيع التخلية الشرعية ليتسلم ، فهل يصح ذلك وتكون التخلية كالتسليم ؟ أجاب : إذا لم تكن الدار بحضرتهما وقال البائع سلمتها لك وقال المشترى تسلمت لا يكون ذلك قبضا ما لم تكن الدار قريبة منهما بحيث يقدر المشترى على الدخول فيها والإغلاق فحينئذ يصير قابضا ، وفى مسألتنا ما لم تمض مدة يتمكن من الذهاب إليها والدخول فيها لم يكن قابضا اه .

مطلب فى تخلية البعيد

وفى حاشية الحموى قال بعض الفضلاء : ما ذكره المصنف من أن تخلية البعيد باطلة مخالف لما فى المحيط كما هو فى شرح الكنز وفى ابن الهمام قبيل باب خيار الشرط ، وقد أطنبنا فيه اه (قوله والدخول فيها) أقول : فائدة ذكره حصول التمكن من الانتفاع ، إذ لو لم يتمكن من الدخول فيها لوجود غاصب ونحوه لا يجب الأجر كما مر ، وليس المراد أن الدخول نفسه شرط فافهم ، والله تعالى أعلم .

مسائل شتى

(أحرق حصائد) أى بقايا أصول قصب محصود (فى أرض مستأجرة أو مستعارة) ومثله أرض بيت المال المعدة لحط القوافل والأحمال ومرعى الدواب وطرح الحصائد :

قلت : وحاصله أنه إن لم يكن له حق الانتفاع فى الأرض يضمن ما أحرقته فى مكانه بنفس الوضع لا ما نقلته الريح على ما عليه الفتوى قاله شيخنا (فاحترق شىء من أرض غيره لم يضمن) لأنه تسبب لا مباشرة (إن لم تضطرب الرياح) فلو كانت مضطربة ضمن لأنه يعلم أنها لا تستقر فى أرضه فيكون مباشرا (وكذا كل موضع كان للواضع حق الوضع فيه) أى فى ذلك الموضع (لا يضمن

مسائل شتى

(قوله أى بقايا الخ) تفسير مراد . قال فى المنح : حصائد جمع حصيد وحصيدة ، وهما الزرع المحصود ، والمراد بها ههنا ما يبقى من أصول القصب المحصود فى الأرض اه أى لجريان العادة بإحراقه (قوله مستأجرة أو مستعارة) قال منلا مسكين فى شرحه : وإنما وضع المسألة فيهما دون أرض ملكه لما لم يضمن هنا فعدم الضمان بالإحراق فى أرضه بالأولى اه . ومقتضى هذه العبارة مع عبارة المتن أنه لو كانت فى أرض الغير بلا إذنه أنه يضمن ما أحرقته فى مكان تعدت إليه ، وهو خلاف ما فى جامع الفصولين وكثير من الكتب ، فقد قال فى جامع الفصولين : أوقد نارا فى أرض بلا إذن المالك ضمن ما أحرقته فى مكان أوقدت فيه لا ما أحرقته فى مكان آخر تعدت إليه ، وفرق بين الماء والنار ، فإنه لو أسال الماء إلى ملكه فسال إلى أرض غيره وأتلف شيئا ثمة ضمن ، بخلاف النار إذ طبع النار الخمود ، والتعدى يكون بفعل الريح ونحوه فلم يضف إلى فعل الموقد فلم يضمن ومن طبع الماء السيلان فالإتلاف يضاف إلى فعله اه فتدبر رملى .

أقول : لكن هذا حيث زالت عن ذلك الموضع بمزيل ، فلو زالت لا بمزيل يضمن كما حققه فى الخانية وسيذكره الشارح قريبا (قوله ومثله الخ) قاله شيخه الرملى أيضا (قوله وحاصله) ليس حاصلا لما نحن فيه فكان عليه تأخيره سائحانى (قوله بنفس) متعلق بأحرقته (قوله لا ما نقلته الريح) أى التى هبت بعد وضعه كما يعلم مما سيأتى ح (قوله على ما عليه الفتوى) أى من التفصيل المذكور ، فقد قال فى الخانية : إنه أظهر ، وعليه الفتوى ومقابله ما قاله الحلوانى إذا وضع جمرة فى الطريق أو مر بنار فى ملكه أنه لا يضمن وأطلق الجواب فيه (قوله لأنه تسبب) وشرط الضمان فيه التعدى ولم يوجد ، فصار كمن حفر بئرا فى ملك نفسه فتلف به إنسان ، بخلاف ما إذا رمى سهما فى ملكه فأصاب إنسانا حيث يضمن لأنه مباشر فلا يشترط فيه التعدى زيلعى (قوله إن لم تضطرب الرياح) أى بأن كانت ساكنة وقت الوضع ح ، وقيده فى جامع الفصولين عن الذخيرة بما لو أوقد نارا يوقد مثلها ونقل عن غيرها لا يضمن مطلقا .

ثم نقل عن فتاوى أبى الليث : أحرق شوكا أو تبنا فى أرضه فذهبت الريح بشرارات إلى أرض جاره وأحرقت زرعه ، إن كان يبعد من أرض الجار على وجه لا يصل إليه الشرر عادة لم يضمن لأنه حصل بفعل النار وإنه هدر ، ولو بقرب من أرضه على وجه يصل إليه الشرر غالبا ضمن إذ له الإيقاد فى ملك نفسه بشرط السلامة اه ومثله فى غاية البيان وقال : هذا كما إذا سقى أرض نفسه فتعدى إلى أرض جاره (قوله ضمن) أى استحسانا طورى عن الخانية (قوله لأنه يعلم الخ) يظهر منه أنه لو كانت الريح تتحرك خفيفا بحيث لا يتعدى الضرر ثم

على كل حال إذا تلف بذلك الموضوع شيء) سواء تلف به وهو فى مكانه أو بعد ما زال عنه (بخلاف ما إذا لم يكن للواضع فيه حق الوضع) حيث يضمن الواضع إذا تلف به شيء وهو فى مكانه، وكذا بعد ما زال، لا بمزيل كوضع جرة فى الطريق ثم آخر أخرى فتدحرجتا فانكسرتا ضمن كل جرة صاحبه ، وإن زال بمزيل كريح وسيل لا يضمن الواضع ، هذا هو الأصل فى هذه المسائل كما حققه فى الخانية .

ثم فرع عليه بقوله (فلو وضع جمرة فى الطريق فاحترق بذلك شيء ضمن) لتعديه بالوضع (وكذا) يضمن (فى كل موضع ليس له فيه حق المرور إلا إذا هبت به) أى بالموضع (الريح فلا ضمان) لنسخها فعله ، وكذا لو دحرج السيل الحجر (وبه يفتى) خالية ، ولو أخرج الحداد الحديد من الكير فى دكانه ثم ضربه بمطرقة فخرج الشرار إلى الطريق وأحرق شيئا ضمن ، ولو لم يضربه وأخرجه الريح لا زيلعى .

(سقى أرضه سقيا لا تحتمله فتعدى) الماء (إلى أرض جاره) فأفسدها (ضمن) لأنه مباشر لا متسبب .

(أقعد خياط أوصباغ فى حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف) سواء اتحد العمل أو اختلف كخياط مع قصار (صح) استحسانا

زادت لم يضمن فليحرر (قوله على كل حال) فسره الشارح بعد بقوله سواء تلف الخ (قوله ثم آخر) أى ثم وضع آخر فالمعطوف محذوف وهو وضع ، وقال ح هو عطف على فاعل الوضع المحذوف : أى كوضع شخص جرة فى الطريق ثم وضع آخر أخرى اه فليتأمل ط (قوله فتدحرجتا) فلو تدحرجت إحداهما على الأخرى وانكسرت المتدحرجة ضمن صاحب الواقفة وكذا دابتان أوقفا ، ولو عطبت الواقفة لاضمان لانتساخ الفعل الأول سائحانى عن قاضيخان (قوله وكذا يضمن فى كل موضع الخ) هذا لم يذكره صاحب الخانية بل اعتبر حق الوضع وعدمه : وقد يثبت حق المرور ولا يثبت حق الوضع كما فى الطريق ، وإنما الذى اعتبر حق المرور وعدمه صاحب الخلاصة ، وذكر أن عليه الفتوى . قال فى المنح : وفصل فى الخلاصة فيما لو سقط منه جمرة فى موضع ليس له فيه حق المرور بين أن يقع منه فيضمن وبين إن ذهبت بها الريح فلا يضمن : قال : وهذا أظهر ، وعليه الفتوى وغالب الكتب على ما ذكره قاضى خان ط (قوله من الكير) هو بالكسر : زق ينفخ فيه الحداد ، وأما المبنى من الطين فكور والجمع أكيار وكيرة كعنبة وكيران قاموس فالمناسب الكور لأنه هو الذى يخرج منه ط ، لكن ورد فى الحديث « المدينة كالكير تنفى خبثها » فلعله مشترك تأمل ، وعبر الإتقانى بالكور (قوله وأحرق شيئا ضمن) وإن فقأ عين رجل فديته على عاقلته إتقانى (قوله لا تحتمله) يعنى لا تحتمل بقاءه بأن كانت صعودا وأرض جاره هبوطا يعلم أنه لو سقى أرضه نفذ إلى جاره ضمن ، ولو كان يستقر فى أرضه ثم يتعدى إلى أرض جاره ، فلو تقدم إليه بالأحكام ولم يفعل ضمن ويكون هذا كإشهاد على حائط ، ولو لم يتقدم لم يضمن كما فى جامع الفصولين شرنبلالية .

أقول : زاد فى نور العين عن الخانية بعد قوله ضمن ما نصه : ويؤمر بوضع المسناة حتى يصير مانعا ويمنع عن السقى قبل وضع المسناة . وفى الفصل الأول : لا يمنع عن السقى يعنى بالفصل الأول صورة عدم التقدم اه . وبهذه الزيادة حصل الجواب عن اعتراض ط بأنه يلزم أن لا يتصور انتفاع رب الصاعدة اه فافهم . وفى شرب الخلاصة المذكور فى عامة الكتب أنه إذا سقى غير معتاد ضمن وإن معتادا لا يضمن (قوله صح) لأن شركة الصنائع يتقبل كل منهما العمل على أن ما يقبله يكون أصلا فيه بنفسه ووكيلا عن شريكه فيكون الربح بينهما وهنا كذلك ، فإن ما يلقيه عليه صاحب الحانوت من العمل يعمله الصانع أصالة عن نفسه ووكالة عن صاحب الحانوت فيكون الأجر بينهما كذلك رحمتى (قوله استحسانا) والقياس أن لا يصح وبه أخذ الطحاوى ، لأنه

لأنه شركة الصنائع ، فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل (كاستئجار جمل ليحمل عليه محملا وراكبين إلى مكة وله المحمل المعتاد ورؤيته أحب) وكذا إذا لم ير الطراحة واللحاف . وفى الولوالجية : ولو تكارى إلى مكة إبلا مسماة بغير أعيانها جاز ويحمل المعقود عليه حملا فى ذمة المكارى والإبل آلة وجهالتها لاتفسد .

قلت : فما يفعله الحجاج من الإجارة للحمل أو الركوب إلى مكة بلا تعيين الإبل صحيح ، والله تعالى أعلم .

(استأجر جملا لحمل مقدار من الزاد فأكل منه رد عوضه) من زاد ونحوه (قال لغاصب داره فرغها وإلا فأجرتها كل شهر بكذا فلم يفرغ وجب) على الغاصب (المسمى) لأن سكوته رضا (إلا إذا أنكر الغاصب ملكه وإن أثبته ببينة) لأنه إذا أنكره لم يكن راضيا بالإجارة (أو أقر) عطف على أنكر (به) أى بملكه (ولكن لم يرض بالأجرة) لأنه صرح بعدم الرضا ، فى الأشباه السكوت فى الإجارة رضا وقبول ،

استئجار بنصف ما يخرج من عمله وهو مجهول كقفيز الطحان (قوله لأنه شركة الصنائع) فيه تعريض بصاحب الهداية حيث جعلها شركة وجوه .

ورده الزيلعى بأن شركة الوجوه أن يشتركا على أن يشتريا بوجوههما ويبيعا وليس فى هذا بيع ولاشراء . وأجاب فى العزمية بأنه لم يرد بها المصطلح عليها بل ماوقع فيها تقبل العمل بالوجاهة يرشدك إليه قوله هذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل اهـ وفيه بعد (قوله كاستئجار جمل) التشبيه فى كون صحة كل على خلاف القياس (قوله محملا) بفتح الميم الأول وكسر الثانى أو بالعكس : الهودج الكبير الحجاجى إتقانى عن المغرب (قوله وله المحمل المعتاد) أى فى كل بلدة . قال فى الجوهرة : ولابد من تعيين الراكبين أو يقول على أن أركب من أشاء . أما إذا قال استأجرت على الركوب فالإجارة فاسدة ، وعلى المكرى تسليم الحزام والقتب والسرج والبرة التى فى أنف البعير واللجام للفرس والبردعة للحمار ، فإن تلف شىء فى يد المكترى لم يضمنه كالدابة ، وعلى المكرى إشالة المحمل وحطه وسوق الدابة وقودها وأن ينزل الراكبين للطهارة وصلاة الفرض ، ولا يجب للأكل وصلاة النفل لأنه يمكنهم فعلها على الظهر ، وعليه أن يبرك الجمل للمرأة والمريض والشيخ الضعيف (قوله ورؤيته أحب) نفيا للجهالة وخروجا من خلاف الإمام أحمد (قوله وفى الولوالجية) عبارتها : وإذا تكارى من الكوفة إلى مكة إبلا مسماة بغير أعيانها فالإجارة جائزة ، وينبغى أن لا تجوز لأن المعقود عليه حينئذ مجهول ، كما لو استأجر عبدا لا بعينه لا يجوز .

قال خواهر زاده فى شرح الكافى : ليس صورة المسألة أن يكارى إبلا مسماة بغير أعيانها ، لكن صورتها أن المكارى يقبل الحمولة ، كأن قال المستكرى احملنى إلى مكة على الإبل بكذا فقال المكارى قبلت فيكون المعقود عليه حملا فى ذمة المكارى وإنه معلوم والإبل آلة المكارى ليتأدى ما وجب فى ذمته ، وجهالة الآلة لا توجب إفساد الإجارة . قال الصدر الشهيد : عندى يجوز كما ذكر فى الكتاب اهـ ومراده بالكتاب الأصل للإمام محمد وهو المذكور أولا ، فقد نقله فى التاترخانية عنه . وفى البزازية : ويفتى بالجواز للعرف ، فإن لم يصر معتادا لا يجوز اهـ ، فقول الشارح ويحمل المعقود عليه الخ هو تفسير خواهر زاده وقد علمت أن المفتى به خلافه إن تعورف (قوله ونحوه) قال الإتقانى : وكذا غير الزاد من المكيل والموزون إذا انتقص له أن يزيد عوض ذلك (قوله إلا إذا أنكره الخ) أى لم يجب المسمى ، وهل يجب أجر المثل؟ وسيأتى فى الغصب أنه يجب فى الوقف ومال اليتيم والمعد للاستغلال : ولك أن تقول إذا أنكر الملك (١) فى المعد للاستغلال لا يكون غاصبا ظاهرا سائحانى أى

---

(١) (قوله ولك أن تقول إذا أنكر الملك) أى صاحب الرقبة : أى وادعى ملك نفسه بدليل قول المحشى لما سيأتى الخ فإنه إنما أناط السقوط بتأويل الملك ، فلو أنكر الملك وسكت ولم يدع ملكا لنفسه يجب الأجر اهـ .

فلو قال للساكن اسكن بكذا وإلا فانتقل أو قال الراعى لا أرضى بالمسمى ، بل بكذا فسكت لزم ماسمى . بقى لوسكت ثم لما طالبه قال لم أسمع كلامك هل يصدق إن به صمم ؟ نعم وإلا لا عملا بالظاهر .

(للمستأجر أن يؤجر المؤجر) بعد قبضه قيل وقبله (من غير مؤجره ، وأما من مؤجره فلا) يجوز وإن تخلل ثالث به يفتى للزوم تمليك المالك ، وهل تبطل الأولى بالإجارة للمالك ؟ الصحيح لا وهبانية .

قلت : وصححه قاضيخان وغيره . وفى المضمرات : وعليه الفتوى ، وقدمنا عن البحر معزيا للجوهرة الأصح نعم ، وأقره المصنف ثمة ، ونقل هنا عن الخلاصة ما يفيد أنه إن قبضه منه بعد ما استأجره بطلب

فلا يلزمه أجرة لما سيأتى أنه لو سكن المعد للاستغلال بتأويل ملك لايلزمه أجر (قوله فلو قال الخ) فى التاترخانية اكترى دارا سنة بألف فلما انقضت قال إن فرغتها اليوم وإلا فهى عليك كل شهر بألف والمستأجر مقر له بالدار فإنا نجعل فى قدر ما ينقل متاعه بأجر المثل وبعد ذلك بما قال المالك (قوله بقى لو سكت الخ) هذه حادثة بيت المقدس سنة ٩٩٦ أجاب عنها المصنف بما ذكر كما قاله قبيل باب ضمان الأجير ، ثم قال : وقد صرحوا بالحكم هكذا فى كثير من المسائل .

مطلب فى إجارة المستأجر للمؤجر ولغيره

(قوله للمستأجر أن يؤجر المؤجر الخ) أى ما استأجره بمثل الأجرة الأولى أو بأنقص ، فلو بأكثر تصدق بالفضل إلا فى مسألتين كما مر أول باب مايجوز من الإجارة (قوله قبل وقبله) أى فالخلاف فى الإجارة كالخلاف فى البيع ، فعندهما يجوز ، وعند محمد لا يجوز ، وقيل لا خلاف فى الإجارة ، وهذا فى غير المنقول ، فلو منقولا لم يجز قبل القبض كذا فى التاترخانية (قوله من غير مؤجره) سواء كان مؤجره مالكا أو مستأجرا من المالك كما يفيده التعليل الآتى ، لأن المستأجر من المالك مالك للمنفعة . ووقع فى المنح عن الخلاصة أن المستأجر الثانى إذا آجر من المستأجر الأول يصح ، وقد راجعت الخلاصة فلم أجد هذه الزيادة ، وهكذا رأيت فى هامش المنح بخط بعض الفضلاء أنه راجع عدة نسخ من الخلاصة فلم يجد ذلك فتنبه (قوله وإن تخلل ثالث) أى بأن استأجر من المستأجر شخص فآجر للمؤجر الأول (قوله به يفتى) وهو الصحيح وبه قال عامة المشايخ ابن الشحنة (قوله للزوم تمليك المالك) لأن المستأجر فى حق المنفعة قائم مقام المؤجر فيلزم تمليك المالك منح . وفى التاترخانية : استأجر الوكيل بالإيجار من المستأجر لا يجوز لأنه صار آجرا ومستأجرا . وقال القاضى بديع الدين : كنت أفتى به ثم رجعت وأفتى بالجواز .

أقول : يظهر من هذا حكم متولى الوقف لو استأجر الوقف ممن آجره له ، وقد توجه فيه بعض الفضلاء وقال لم أره تأمل (قوله الصحيح لا) بل فى التاترخانية عن شمس الأئمة أن القول بالانفساخ غلط لأن الثانى فاسد والأول صحيح أى والفاسد لا يرفع الصحيح (قوله وقدمنا) أى فى باب ما يجوز من الإجارة (قوله عن الخلاصة) ونصها : وتأويل ما ذكر فى النوازل أن الآجر قبض المستأجر من المستأجر بعد ما استأجر ، لأنه لو قبض منه بدون الإجارة سقط الأجر عن المستأجر فهذا أولى . قال فى المحيط : وإن لم يقبض منه فعلى المستأجر الأول الأجر اهـ .

أقول : فيه نظر ، فإن الكلام فى انفساخ الأولى وعدمه وسقوط الأجر لايستلزم الانفساخ كما لا يخفى ، ويدل عليه ما فى التاترخانية عن العتابية إن قبضها رب الدار سقط الأجر عن المستأجر ما دامت فى يديه وللمستأجر أن يطالبه بالتسليم اهـ فقد صرح بسقوط الأجر وبأن له المطالبة بتسليم العين المستأجرة ، ولو انفسخت لم يكن له ذلك

وإلا لافليكن التوفيق فتأمل؛ وهل تسقط الأجرة ما دام فى يد المؤجر ؟ خلاف مبسوط فى شرح الوهبانية ؛
(وكله باستئجار عقار ففعل) الوكيل (وقبض ولم يسلمها) أى لم يسلم الوكيل العين المؤجرة (إليه) أى إلى الموكل (حتى مضت المدة) فالأجر على الوكيل لأنه أصيل فى الحقوق و (رجع الوكيل بالأجرة على الآمر) لنيابته عنه فى القبض فصار قابضا حكما (وكذا) الحكم (إن شرط) الوكيل (تعجيل الأجر وقبض) الدار (ومضت المدة ولم يطلب الآمر) الدار منه فإنه يرجع أيضا لصيرورة الآمر قابضا بقبضه ما لم يظهر المنع (وإن طلب) الآمر الدار (وأبى) الوكيل (ليعجل) الأجر (لا) يرجع لأنه لما حبس الدار بحق لم تبق يده يد نيابة فلم يصر الموكل قابضا حكما فلايلزمه الأجر (يستحق القاضى الأجر على كتب الوثائق) والمحاضر والسجلات (قدر ما يجوز لغيره كالمفتى) فإنه يستحق أجر المثل على كتابة الفتوى ، لأن الواجب عليه الجواب باللسان دون الكتابة بالبنان، ومع هذا الكف أولى احترازا عن القيل والقال وصيانة لماء الوجه عن الابتذال بزازية ، وتمامه فى قضاء الوهبانية ، وفى الصيرفية : حكم وطلب أجرة ليكتب شهادته جاز ، وكذا المفتى لو فى البلدة غيره ،

(قوله فتأمل) قد علمت أن هذا التوفيق غير ظاهر فتعين ما قاله ح : الذى يظهر ما فى الوهبانية نظرا للعلة ولتصحيح قاضيخان والمضمرات (قوله وهل تسقط الأجرة الخ) أقول : الذى في شرح الوهبانية عن أبى بكر البلخى أنه لا يسقط الأجر عن المستأجر . ونقل فى البزازية عن أبى الليث موافقة البلخى . وذكر فى المنتقى بالنون الصحيح أن الإجارة والإعارة لا يكونان فسخا ، لكن لا يجب الأجر على المستأجر ما دام فى يد الآجر اهـ ملخصا . وأنت خبير أن ما قدمه من التوفيق محله هنا على ما قررناه سابقا ، بأن يقال إن قبضه من المستأجر سقط الأجر وإلا فلا فتدبر ، وقد أفادت عبارة المنتقى أن الإعارة حكمها كالإجارة فى الصحيح .
[فرع] فى فتاوى ابن نجيم : إذا تقايل المؤجر الأول والمستأجر منه فالتقايل صحيح وتنفسخ الأولى والثانية اهـ
(قوله ورجع الوكيل بالأجر على الآمر) سواء منعها من الآمر أولا درر. ونقل فى البزازية الرجوع عن أبى يوسف. ثم قال : الصحيح أنه لا يرجع على الآمر استحسانا لأنه بالحبس صار غاصبا والغصب من غير المالك منصور اهـ ومثله فى الخلاصة وغيرها عن جد صاحب المحيط .
[فرع] وهب الآجر الأجر من الوكيل أو أبرأه صح ، وللوكيل أن يرجع على الآمر خلاصة .

مطلب فى أجرة صك القاضى والمفتى

(قوله يستحق القاضى الأجر الخ) قيل على المدعى إذ به إحياء حقه فنفعه له ، وقيل على المدعى عليه إذ هو يأخذ السجل ، وقيل على من استأجر الكاتب ، وإن لم يأمره أحد وأمره القاضى فعلى من يأخذ السجل ، وعلى هذا أجرة الصكاك على من يأخذ الصك فى عرفنا ، وقيل يعتبر العرف جامع الفصولين . وفى المنح عن الزاهدى: هذا إذا لم يكن له فى بيت المال شىء اهـ تأمل (قوله قدر ما يجوز لغيره) قال فى جامع الفصولين : للقاضى أن يأخذ ما يجوز لغيره ، وما قيل فى كل ألف خمسة دراهم لا نقول به ولا يليق ذلك بالفقه ، وأى مشقة للكاتب فى كثرة الثمن ؟ وإنما أجر مثله بقدر مشقته أو بقدر عمله فى صنعته أيضا كحكاك وثقاب يستأجر بأجر كثير فى مشقة قليلة اهـ . قال بعض الفضلاء : أفهم ذلك جواز أخذ الأجرة الزائدة وإن كان العمل مشقته قليلة ونظرهم لمنفعة المكتوب له اهـ .

قلت : ولا يخرج ذلك عن أجرة مثله ، فإن من تفرغ لهذا العمل كثقاب اللآلى مثلا لا يأخذ الأجر على قدر مشقته فإنه لا يقوم بمؤنته ، ولو ألزمناه ذلك لزم ضياع هذه الصنعة فكان ذلك أجر مثله (قوله ليكتب شهادته)

وقيل مطلقا لأن كتابته ليست بواجبة عليه . وفيها : استأجره ليكتب له تعويذا لأجل السحر جاز إن بين قدر الكاغد والخط وكذا المكتوب .

(المستأجر لا يكون خصما لمدعى الإيجار والرهن والشراء) لأن الدعوى لا تكون إلا على مالك العين (بخلاف المشترى) والموهوب له لملكهما العين ، وهل يشترط حضور الآجر مع المشترى(١) قولان .

(وتصح الإجارة وفسخها والمزارعة والمعاملة والمضاربة والوكالة والكفالة والإيصاء والوصية والقضاء والإمارة) والطلاق (والعتاق والوقف) حال كون كل واحد مما ذكر (مضافا) إلى الزمان المستقبل كأجرتك أو فاسختك رأس الشهر صح بالإجماع (لا) يصح مضافا للاستقبال كل ما كان تمليكا للحال مثل (البيع وإجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال وإبراء الدين) وقد مر فى متفرقات البيوع .

(زاد أجر المثل فى نفسه من غير أن يزيد أحد فللمتولى فسخها وما لم يفسخ كان على المستأجر المسمى) به يفتى (فسخ العقد بعد تعجيل البدل فللمعجل حبس المبدل حتى يستوفى ماله من المبدل) وصحيحا كان العقد أو فاسدا لو العين فى يد المستأجر فليحفظ .

(استأجر مشغولا وفارغا صح فى الفارغ فقط) لا المشغول كما مر ، لكن حرر محشى الأشباه أن الراجح صحة إجارة المشغول ، ويؤمر بالتفريغ والتسليم

لعل المراد بها خطه الذى يكتب على الوثيقة وإلا فالكلام فى القاضى لا الشاهد ط (قوله وقيل مطلقا) أى ولو لم يكن فى البلدة غيره ، وهو ظاهر ما مر فى المتن ، ووجهه ظاهر للتعليل المذكور (قوله لأجل السحر) أى لأجل إبطاله وإلا فالسحر لنفسه معصية بل كفر لا يصح الاستئجار عليه (قوله إن بين قدر الكاغد) ليظهر مقدار ما يسعه من السطور عرضا والتفاوت فى الزيادة لبعض الكلمات مغتفر ، وقوله والخط الظاهر أن المراد به عدد الأسطر ط (قوله وكذا المكتوب) أى إذا استأجر رجلا ليكتب كتابا إلى حبيبه فإنه يجوز إذا بين قدر الخط والكاغد منح (قوله بخلاف المشترى) فإنه يكون خصما للكل منح (قوله وهل يشترط الخ) قال فى المنح : ما فى الصغرى من أن المشترى لا يكون خصما للمستأجر يعنى بانفراده بل لا بد من حضور الآخر يخالفه ما فى البزازية عن فتاوى القاضى : آجر ثم باع وسلم تسمع دعوى المستأجر عن المشترى وإن كان الآجر غائبا ، لكن نقل بعده ما يوافق ما فى الصغرى فليتأمل عند الفتوى اه ملخصا (قوله والمعاملة) أى المساقاة (قوله كل ما كان تمليكا للحال) أى أمكن تنجيزه للحال فلا حاجة لإضافتها . بخلاف الفصل الأول لأن الإجارة وما شاكلها لا يمكن تمليكها للحال وكذا الوصية ، وأما الإمارة والقضاء فمن باب الولاية ، والكفالة من باب الالتزام زيلعى (قوله وإبراء الدين) احتراز عن الإبراء عن الكفالة فيصح مضافا عند بعضهم ط عن الحموى (قوله به يفتى) أى بأن للمتولى فسخها فكان عليه أن يذكره عقبه كما فعل فى السوادة قبيل باب ما يجوز من الإجارة (قوله أو فاسدا الخ) هذا موافق لما ذكره قبيل ما يجوز من الإجارة من أنه مقدم على الغرماء ، ومخالف لظاهر ما قدمه قبيل قوله فإن عقدها لغيره وقدمنا تأويله (قوله استأجر مشغولا وفارغا الخ) تقدمت أول باب ما يجوز (قوله لكن حرر محشى الأشباه الخ) حيث قال : ينبغى حمل ما ذكره المصنف على ما ذكره قاضيخان ، وهو لو استأجر ضياعا بعضها فارغ وبعضها مشغول . قال ابن الفضل تجوز فى الفارغ المشغول اه لأنه إذا استأجر بيتا مشغولا يجوز ويؤمر بالتفريغ والتسليم ، وعليه الفتوى كما فى الخانية فتعين حمل كلامه على الضياع فقط اه .

---

(١) (قول الشارح مع المشترى) لعل الصواب مع المستأجر ، يعنى لو ادعى شخص على المشترى إجارة هل يصير خصما وحده أو لابد من حضور مؤجره اه .

مالم يكن فيه ضرر فله الفسخ فتنبه :
(استأجر شاة لإرضاع ولده أو جديه لم يجز) لعدم العرف (المستأجر فاسدا إذا آجر صحيحا جازت) او بعد قبضه فى الأصح منية (وقيل لا) وتقدم الكل ، والكل فى الأشباه :
[فروع] اعلم أن المقاطعة إذا وقعت بشروط الإجارة فهى صحيحة لأن العبرة للمعانى وقدمناه فى الجهاد ه
صح استئجار قلم ببيان الأجر والمدة :
استأجر شيئا لينتفع به خارج المصر فانتفع به فى المصر ، فإن كان ثوبا لزم الأجر ، وإن كان دابة لا :
ساقها ولم يركبها لزم الأجر إلا لعذر بها :
أخطأ الكاتب فى البعض ، إن الخطأ فى كل ورقة خير إن شاء أخذه وأعطى أجر مثله أو تركه عليه وأخذ منه القيمة ، وإن فى البعض أعطاه بحسابه من المسمى :
الصيرفى بأجر ، إذا ظهرت الزيافة فى الكل

وفى حاشية البيرى عن جوامع الفقه : كانت الدار مشغولة بمتاع الآجر بالأرض مزروعة ، قيل لا تصح الإجارة ، والصحيح الصحة ، لكن لايجب الأجر ما لم تسلم فارغة أو يبيع ذلك منه ، ولو فرّغ الدار وسلمها لزمت الأجرة (قوله ما لم يكن فيه ضرر) كما إذا كان الزرع لم يستحصد (قوله فله الفسخ) تفريع على المنفى وهو يكن (قوله لعدم العرف) ولأنها وقعت على إتلاف العين ، وقد مر فى إجارة الظئر فى باب الإجارة الفاسدة (قوله المستأجر فاسدا الخ) تقدمت أول باب الإجارة الفاسدة (قوله وتقدم الكل) أى كل هذه المسائل ، وقد بينت لك مواضعها (قوله بشروط الإجارة) أما ما يفعلونه فى هذه الأزمان حيث يضمنها من له ولايتها لرجل بمال معلوم ليكون له خراج مقاسمتها ونحوه فهو باطل ، إذ لايصح إجارة لوقوعه على إتلاف الأعيان قصدا ولا بيعا لأنه معدوم كما بينه فى الخيرية :

مطلب فى إجارة المقطع وانفساخها بموت المقطع وإخراجه له

(قوله فهى صحيحة) سئل العلامة قاسم : هل للجندى أن يؤجر ما أقطعه الإمام من أراضى بيت المال : فأجاب نعم له ذلك ولا أثر لجواز إخراج الإمام له فى أثناء المدة كما لا أثر لجواز موت المؤجر فى أثناء مدة الإجارة وإذا مات أو أخرجه الإمام تنفسخ الإجارة اه ملخصا :
أقول : وقدمنا البحث فى مدة إجارته عند قوله أول كتاب الإجارة ولم تزد فى الأوقاف على ثلاث سنين ، وهل تنفسخ لو فرغ المؤجر لغيره وقرر السلطان المفروغ له فإنه يتضمن إخراج الأول أم لا كالبيع ؟ لم أره فليراجع وهى حادثة الفتوى . ثم رأيت شيخ مشايخنا السائحانى فى كتابه الفتاوى النعمية ذكر الانفساخ بالفراغ والموت أخذا من قولهم : من عقد الإجارة لغيره لاتنفسخ بموته كوكيل لأنهم آجروا لغيرهم أو استأجروا لغيرهم قال : وهنا آجر لنفسه وربمايتضرر من سيصير له لولم تفسخ اه تأمل (قوله صح استئجار قلم الخ)فى التاترخانية : استأجر قلما ليكتب به ، إن بين لذلك وقتا صحت وإلا فلا . وفى النوازل : إذا بين الوقت والكتابة صحت (قوله لزم الأجر) قال الفقيه : لأنه خلاف إلى خير وفى الدابة إلى شر ، ولأنه يحتاج فى الدابة إلى ذكر المكان وفى الثوب إلى ذكر الوقت بزازية فتأمل (قوله إلا لعذر بها) أى بحيث لا يقدر على الركوب كما فى غاية البيان (قوله وأعطى أجر مثله) ولا يجاوز به المسمى ولوالجية (قوله وأخذ منه القيمة) أى قيمة الكاغد والحبر (قوله أعطاه بحسابه من المسمى) هذا فيما أصاب به ويعطيه لما أخطأ أجر مثله ، لأنه وافق فى البعض وخالف فى البعض

استرد الأجرة ، وفى البعض بحسابه :
إن دلنى على كذا فله كذا فدله فله أجر مثله إن مشى لأجله :
من دلنى على كذا فله كذا فهو باطل ولا أجر لمن دله إلا إذا عين الموضع :
استأجره لحفر حوض عشرة فى عشرة وبين العمق فحفر خمسة فى خمسة كان له ربع الأجر الكل من الأشباه :
وفيها : جاز استئجار طريق للمرور إن بين المدة :

ذكره فى الولوالجية (قوله استرد الأجرة الخ) لأنه إنما أعطاه الأجر ليميز الزيوف من الجياد :

مطلب أنكر الدافع وقال ليس هذا من دراهمى فالقول للقابض

فى الذخيرة : ولو أنكر الدافع وقال ليس هذا من دراهمى فالقول قول القابض ، لأنه لو أنكر القبض أصلا كان القول قوله :

مطلب ضل له شىء فقال من دلنى عليه فله كذا

(قوله إن دلنى الخ) عبارة الأشباه إن دللتنى : وفى البزازية والولوالجية : رجل ضل له شىء فقال من دلنى على كذا فله كذا فهو على وجهين : إن قال ذلك على سبيل العموم بأن قال من دلنى فالإجارة باطلة لأن الدلالة والإشارة ليست بعمل يستحق به الأجر ، وإن قال على سبيل الخصوص بأن قال لرجل بعينه إن دللتنى على كذا فلك كذا إن مشى له فدله فله أجر المثل للمشى لأجله لأن ذلك عمل يستحق بعقد الإجارة إلا أنه غير مقدر بقدر فيجب أجر المثل ، وإن دله بغير مشى فهو والأول سواء . قال فى السير الكبير : قال أمير السرية : من دلنا على موضع كذا فله كذا يصح ويتعين الأجر بالدلالة فيجب الأجر اه (قوله إلا إذا عين الموضع) قال فى الأشباه بعد كلام السير الكبير : وظاهره وجوب المسمى ، والظاهر وجوب أجر المثل إذ لا عقد إجارة هنا ، وهذا مخصص لمسألة الدلالة على العموم لكونه بين الموضع اه يعنى أنه فى الدلالة على العموم تبطل إلا إذا عين الموضع فهى مخصصة أخذا من كلام السير ، لأن قول الأمير على موضع كذا فيه تعيينه ، بخلاف من ضل له شىء فقال من دلنى على كذا : أى على تلك الضالة فلا تصح لعدم تعيين الموضع إلا إذا عرفه باسمه ولم يعرفه بعينه فقال من دلنى على دابتى فى موضع كذا فهو كمسألة الأمير ، وهذا معنى قول الشارح إلا إذا عين الموضع ، وقول الأشباه والظاهر وجوب أجر المثل الخ ، وحاصله البحث فى كلام السير ، فإنه حيث كان عاما لم يوجد قابل يقبل العقد فانتفى العقد :

أقول : حيث انتفى العقد أصلا كان الظاهر أن يقال لا يجب شىء أصلا كما فى مسألة الضالة . والجواب عما قاله ماذكره الشيخ شرف الدين من أنه يتعين هذا الشخص والعقد بحضوره وقبوله خطاب الأمير بما ذكر ، فيجب المسمى لتحقق العقد بين شخصين معينين لفعل معلوم . وأما إذا لم يكن الفعل معلوما كمسألة الضالة فلا يجب شىء ، بخلاف ما إذا كان الشخص معينا لوقوع العقد حينئذ على المشى لكنه غير مقدر فوجب أجر المثل فقد ظهر الفرق بين المسائل الثلاث ، وقد خفى على بعض محشى الأشباه فوقع فى الاشتباه ، نعم يمكن أن يقال لم لم يتعين الشخص بحضوره وقبوله خطاب صاحب الضالة كمسألة الأمير فينعقد العقد على المشى وإن لم يتعين الموضع كما لو خاطب معينا فليتأمل (قوله عشرة فى عشر) بالنصب تمييز : أى مقدرا عشرة طولا فى عشرة عرضا (قوله وبين العمق) أى والموضع . قال فى التاترخانية : لابد أن يبين الموضع وطول البئر وعمقه ودوره اه وتمام تفاريعه فيها من الفصل ٢٥ (قوله كان له ربع الأجر) لأن العشرة فى العشرة مائة والخمسة فى الخمسة خمسة وعشرون

قلت : وفى حاشيتها هذا قولها وهو المختار شرح مجمع :

وفى الاختيار : من دلنا على كذا جاز لأن الأجر يتعين بدلالته . وفى الغاية : دارى لك إجارة هبة صحت غير لازمة فلكل فسخها ولو بعد القبض فليحفظ . وفى لزوم الإجارة المضافة تصحيحان أريد عدم لزومها بأن عليه الفتوى : وفى المجتبى لا تجوز إجارة البناء . وعن محمد تجوز لو منتفعا به كجدار وسقف وبه يفتى ، ومنه إجارة بناء مكة وكره إجارة أرضها وفي الوهبانية :

وفى الكلاب والبازى قولان والبنا   كأم القرى أو أرضها ليس تؤجر
ولو دفع الدلال ثوبا لتاجر   يقلبه لو راح ليس يخسر

فكان ربع العمل أشباه (قوله هذا قولهما وهو المختار) لأن عند الصاحبين تصح إجارة المشاع ، لكنه خلاف المعتمد كما مر فى الإجارة الفاسدة . وفى البدائع استأجر طريقا من دار ليمر فيه وقتا معلوما لم يجز فى قياس قوله لأن البقعة غير متميزة فكان إجارة المشاع ، وعندهما يجوز (قوله من دلنا الخ) هذه مسألة السير الكبير ، وقد علمت أنه يجب فيها المسمى لتعين الموضع والقابل للعقد بالحضور وإن كان لفظ من عاما ، وقوله لأن الأجر يتعين أى يلزم ويجب (قوله إجارة هبة الخ) قال فى الولوالجية : ولو قال دارى لك هبة إجارة كل شهر بدرهم أو إجارة هبة فهى إجارة ، أما الأول فلأنه ذكر فى آخر كلامه مايغير أوله وأوله يحتمل التغيير بذكر العوض ، وأما الثانى فلأن المذكور أولا معاوضة فلا تحتمل التغيير إلى التبرع ، ولذا لو قال آجرتك بغير شيء لاتكون إعارة وتنعقد الإجارة بلفظ العارية اه ملخصا (قوله غير لازمة الخ) قال الإتقانى : ولم يذكر فى المبسوط أنها لازمة أولا وحكى عن أبى بكر بن حامد قال : دخلت على الخصاف واستفدنا منه فوائد إحداها هذه وهو أنها لاتلزم فلكل الرجوع قبل القبض وبعده ، لكن إذا سكن يجب الأجر لأنه أمكن العمل باللفظين فيعمل بهما بقدر الإمكان كالهبة بشرط العوض اه ملخصا ، وظاهره أنه يجب الأجر المسمى . وفى البيرى عن الذخيرة التصريح بوجوب أجر المثل (قوله وفى لزوم الإجارة المضافة تصحيحان) عبر باللزوم لأنه لاكلام فى الصحة فلا ينافى ماقدمه الشارح قريبا من صحتها بالإجماع فافهم (قوله بأن عليه الفتوى) لما فى الخانية : لو كانت مضافة إلى الغد ثم باع من غيره قال فى المنتقى فيه روايتان ، والفتوى على أنه يجوز البيع وتبطل الإجارة المضافة وهو اختيار الحلوانى اه : وقدمنا بقية الكلام أول الكتاب ، ثم الظاهر أن عدم اللزوم من الجانبين لامن جانب المؤجر فقط فلكل فسخها كما هو مقتضى إطلاقهم تأمل (قوله وبه يفتى) تقدم نحوه فى أول الإجارة الفاسدة وتكلمنا هناك عليه ، وقال فى القنية : وفى ظاهر الرواية لايجوز لأنه لاينتفع بالبناء وحده (قوله وكره إجارة أرضها) هكذا قال فى الهداية : وفى خزانة الأكمل لو آجر أرض مكة لايجوز فإن رقبة الأرض غير مملوكة قال : ومفهومه يدل على جواز إيجار البناء شرح ابن الشحنة (قوله وفى الوهبانية) فيه أن البيت الخامس والشطر الثانى من البيت الرابع من نظم ابن الشحنة وليس أيضا من نظم الشرنبلالى كما قيل (قوله وفى الكلاب) أى كلب الصيد أو الحراسة (قوله والبازى) بالتشديد (قوله قولان) يعنى روايتان حكاهما قاضيخان : الأولى لايجب الأجر ، والثانية إن بين وقتا معلوما يجب وإلا فلا . ولا يجوز فى السنور لأخذ الفأر مطلقا ، لأن المستأجر يرسل الكلب والبازى فيذهب بإرساله فيصيد وصيد السنور بفعله . وفى استئجار القرد لكنس البيت خلاف ، وتمامه فى الشرح (قوله كأم القرى) هى مكة المشرفة أى فى إيجار بنائها قولان قال الناظم : وإنما نصصت عليه مخافة أن يتوهم أنه لايجوز كما لايجوز بيع الأرض (قوله أو أرضها) مبتدأ والجملة بعده خبر ، وأو بمعنى الواو الاستئنافية تأمل (قوله لو راح الخ) أى لو ذهب التاجر

ومن قال قصدى أن أسافر فافسخن فحلفه أو فاسأل رفاقا ليذكروا
ويفسخ من ترك التجارة ما اكترى ولو كان فى بعض الطريق ومؤجر
له فسخها لو مات منها معين وأطلق يعقوب وبالضعف يذكر
وإيجار ذى ضعف من الكل جائز ولو أن أجر المثل من ذاك أكثر
ومن مات مديونا وأجر عقاره توفاه للمستأجر الحبس أجدر

كتاب المكاتب

مناسبته للإجارة أن فى كل منهما الرقبة لشخص والمنفعة لغيره :
(الكتابة لغة من الكتب) وهو جمع الحروف سمى به لأن فيه ضم حرية اليد إلى حرية الرقبة : وشرعا

بالثوب ولم يظفر به الدلال لايضمن لأنه مأذون له فى هذا الدفع عادة . قال قاضيخان : وعندى إذا فارقه ضمن كما لو أودعه عند أجنبى أو تركه عند من يريد الشراء ، والنظم لا إشعار له باختيار قاضيخان شرح (قوله ومن قال الخ) تقدم عليها الكلام فى باب الفسخ (قوله فافسخن) أمر من الفسخ مؤكد بالنون وفى بعض النسخ فامتحن من الامتحان إشارة إلى القول بتحكيم الزى والهيئة والأولى أولى لقوله فحلفه فافهم (قوله من ترك التجارة) أى من أجل تركها ، وتقدم الكلام عليها (قوله ماا كترى) مفعول يفسخ (قوله ولو كان) أى المستأجر ، يعنى لو سار بعض الطريق فبدا له أن لايذهب له ذلك على مامر بيانه (قوله ومؤجر) مبتدأ وجملة له فسخها خبر ، والمعنى لو استأجر دواب بعينها وتسلمها فماتت انفسخت ، لالو بغير عينها فعلى الآجر أن يأتى بغيرها ، وعن الثانى ثبوت الفسخ مطلقا (قوله وبالضعف يذكر) أى ضعف المؤجر أى وللمؤجر فسخها إذا مرض : قال ابن الشحنة وهو خلاف ظاهر الرواية وإليه أشار بقوله يذكر لكن قدم الشارح أن به يفتى تأمل (قوله ذى ضعف) أى مريض مرض الموت (قوله من الكل جائز) أى نافذ من كل ماله . قال فى العمادية : تبرع المريض بالمنافع يعتبر من جميع المال لأنها لاتبقى بعد الموت حتى يتعلق بها حق الورثة والغرماء . اه ملخصا (قوله من ذاك) أى من الأجر الذى أجر به المريض (قوله وأجر عقاره) مبتدأ والواو للحال والخبر قوله توفاه أى تعجله لمدة مستقبلة (قوله أجدر) أى المستأجر أولى به من الغرماء ، إلا أنه لو هلك عنده لايسقط دينه بخلاف الرهن ، والله تعالى أعلم :

كتاب المكاتب

المكاتب اسم مفعول من كاتب مكاتبة والمولى مكاتب بالكسر ، وكان الأنسب أن يقول كتاب الكتابة لأن علم الفقه يبحث فيه عن فعل المكلف وهو الكتابة لاالمكاتب ، لكن فى القهستانى هو مصدر ميمى بمعنى الكتابة والعدول عنها للتباعد عن نوع تكرار (قوله مناسبته للإجارة الخ) فيه إشارة للجواب عما يقال كان الأولى ذكره عقب العتاق لأن مآ لهما الولاء كما فعل الحاكم الشهيد والجواب أن العتق إخراج الرقبة عن الملك بلا عوض والكتابة ليست كذلك بل فيها ملك الرقبة للسيد والمنفعة للعبد وهو أنسب للإجارة ، لأن نسبية الذاتيات أولى من العرضيات كما حققه فى العناية ، وقدمت الإجارة لشبهها بالبيع فى التمليك والشرائط وجريانها فى غير المولى وعبده ، وقيل لأن المنافع فيها يثبت لها حكم المال ضرورة بخلاف الكتابة ، والكل مناسبات تقريبية لاتحتمل التدقيقات المنطقية (قوله وهو جمع الحروف) الأولى وهو الجمع مطلقا ومنه الكتابة لأنها جمع الحروف (قوله سمى به الخ) قال فى المستصفى : الكتب الجمع لغة ، ويستعمل فى الإلزام ، فالمولى يلزم العبد البدل ، والعبد يلزم المولى

(تحرير المملوك يدا) أى من جهة اليد (حالا ورقبة مآلا) يعنى عند أداء البدل ، حتى لو أداه حالا عتق حالا (وركنها الإيجاب والقبول) بلفظ الكتابة أو ما يؤدى معناه (وشرطها كون البدل) المذكور فيها (معلوما) قدره وجنسه ، وكون الرق فى المحل قائما لا كونه منجما أو مؤجلا لصحتها بالحال ، وحكما فى جانب العبد انتفاء الحجر فى الحال ، وثبوت الحرية فى حق اليد لا الرقبة

العتق عند أداء البدل : قال المطرزى : قولهم إنه ضم حرية اليد إلى حرية الرقبة ضعيف ، والصحيح أن كلا منهما كتب على نفسه أمرا : هذا الوفاء وهذا الأداء ؛ وسمى كتابة لأنه يخلو عن العوضين فى الحال ولا يكون الموجود عند العقد إلا الكتابة وسائر العقود لاتخلو عن الأعواض غالبا اهـ :

أقول : قوله غالبا قيد لهما فتدبر ، ولعل وجه الضعف ماقاله السائحانى : إن حرية اليد لم تكن فى العقد وإن حرية الرقبة بعد انتهائه (قوله تحرير المملوك) أى كلا أو بعضا كما سيذكره ، وأطلقه فشمل القن والمدبر وأم الولد (قوله يدا) أى تصرفا فى البيع والشراء ونحوهما جوهرة (قولة أى من جهه اليد) أشار إلى أنه منصوب على التمييز :

وفى شرح مسكين أنه بدل بعض : واعترض بأنه لابد له من رابط وبأن اليد هنا بمعنى التصرف لا الجارحة فكان الظاهر أن يقول بدل اشتمال والرابط محذوف ، ومثله يقال فى رقبة (قوله حالا) أى عقب التلفظ بالعقد حتى يكون العبد أحق بمنافعه ط عن الحموى (قوله ورقبة مآلا) أخرج العتق المنجز والمعلق ، ثم هذا تعريف بالحكم ، ولو أراد التعريف بالحقيقة لقال هى عقد يرد على تحرير اليد طورى (قوله يعنى عند أداء البدل) أفاد أن تأخير الأداء غير شرط (قوله حتى لو أداه حالا عتق حالا) تفريع على التفسير ، ولا تظن أن العتق معلق على الأداء بل إنما عتق عند الأداء ، لأن موجب الكتابة العتق عند الأداء ، وكان القياس أن يثبت العتق عند العقد لأن حكمه يثبت عقبه ، لكن يتضرر المولى بخروج عبده عن ملكه بعوض فى ذمة المفلس :

والفرق بين التعليق والكتابه فى مسائل : منها أنه فى التعليق يجوز بيعه ونهيه عن التصرف ويملك أخذ كسبه بلا إذنه كما فى التبيين . وفى غاية البيان : ولو مات قبل الأداء لايؤدى عنه مما ترك ، وكذا لو مات المولى يورث عنه العبد مع أكسابه ، ولو ولدت ثم أدت لم يعتق ولدها ، ولو حط عنه البعض فأدى الباقى أو أبرأه عن الكل لم يعتق ، بخلاف الكتابة وبخلاف العتق على مال كأنت حر على ألف فقبل العبد فإنه يعتق من ساعته والبدل فى ذمته اهـ ملخصا (قوله وركنها الخ) الحاجة إليه فيمن يثبت حكم العقد فيه مقصودا لاتبعا كالولد ونحوه مما يأتى بدائع ملخصا (قوله أوما يؤدى معناه) كما يأتى قريبا متنا (قوله وشرطها الخ) هذا الشرط راجع إلى البدل ومثله كونه مالا ، وأن لايكون البدل ملك المولى وهى شروط انعقاد ، وكونه متقوما وهو شرط صحة :

وأما مايرجع إلى المولى : فالعقل والبلوغ والملك أو الولاية فلا تنفذ من فضولى بل من وكيل وكذا أب ووصى استحسانا للولاية ، وهذه شروط انعقاد . والرضا وهو شرط صحة احترازا عن الإكراه والهزل لاالحرية والإسلام لكن مكاتبة المرتد موقوفة عنده نافذه عندهما . وأما مايرجع إلى المكاتب فمنها العقل وهو شرط انعقاد : وأما مايرجع إلى نفس الركن فمنه خلو العقد عن شرط فاسد فى صلبه مخالف لمقتضاه ، فإن لم يخالف جاز الشرط أو لم يدخل فى صلبه بطل وصح العقد بدائع ملخصا ، لكن اشتراط كون البدل مالا خلاف ماسيأتى من صحتها على الخدمة إلا أن يراد المال وما فى معناه تأمل (قوله معلوما الخ) فى الخانية : كل مايصلح مهرا فى النكاح يصلح بدلا فى الكتابة (قوله منجما أو مؤجلا) الفرق بينهما أن المؤجل ماجعل لجميعه أجل واحد ، والمنجم كما سيأتى مافرق على آجال متعددة لكل بعض منه أجل ط (قوله لصحتها بالحال) خلافا للشافعى رحمه الله (قوله لا الرقبة)

إلا بالأداء . وفى جانب المولى ثبوت ولاية مطالبة البدل فى الحال إن كانت حالة والملك فى البدل إذا قبضه وعود ملكه إذا عجز :

(كاتب قنه ولو) القن (صغيرا يعقل بمال حال) أى نقد كله (أو مؤجل) كله (أو منجم) أى مقسط على أشهر معلومة أو قال جعلت عليك ألفا تؤديه نجوما أولها كذا وآخرها كذا ، فإن أديته فأنت حر ، وإن عجزت فقن" وقبل العبد ذلك صح وصار مكاتبا لإطلاق قوله تعالى - فكاتبوهم - والأمر للندب على الصحيح ، والمراد بالخيرية أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق ، فلو يضر فالأفضل تركه ، ولو فعل صح :

ولو كاتب نصف عبده جاز ونصفه الآخر مأذون له فى التجارة ، ولو أراد منعه ليس له ذلك كيلا يبطل على العبد حق العتق ، وتمامه فى التتارخانية : وإذا صحت الكتابة خرج من يده دون ملكه حتى يؤدى كل البدل لحديث أبى داود « المكاتب عبد ما بقى عليه درهم » :

ولهذا يقال : المكاتب طار عن ذل العبودية ولم ينزل فى ساحة الحرية ، فصار كالنعامة إن استطير تباعر وإن استحمل تطاير زيلعى (قوله إلا بالأداء) فإن أدى يعتق وإن لم يقل له المولى إذا أديته إلى" فأنت حر خلافا للشافعى زيلعى (قوله وعوده لملكه الخ) هذا من الأحكام المتعلقة بالعبد ، وأما بالنظر إلى المولى فاسترداده إلى ملكه إذا عجز ، وبه عبر فى الدرر ط (قوله يعقل) أى يعقل البيع والشراء لأن الكتابة إذن له بالتجارة وهو صحيح عندنا ، فلو كان لا يعقل أو مجنونا فأدى عنه رجل فقبل المولى لا يعتق واسترد ما أدى ، ولو قبل عنه رجل الكتابة ورضى به المولى لم يجز أيضا ، وهل تتوقف على إجازة العبد بعد البلوغ ؟ الصحيح لا تتوقف إذ لا مجيز له وقت التصرف والصغير ليس من أهل الإجازة ، بخلاف الكبير الغائب لو قبل عنه فضولى توقف على إجازة العبد ، فلو أدى القابل عن الصغير إلى المولى عتق استحسانا ، وكذا إذا كان كبيرا غائبا ولا يسترد المؤدى ، فإن أدى البعض استرده إلا إذا بلغ العبد فأجاز قبل أن يسترد ، فليس للقابل الاسترداد وإن عجز العبد عن أداء الباقى ؛ لأن المكاتبة لا تنفسخ بالرد إلى الرق بل تنتهى فكان العقد قائما فيما أدى بدائع ملخصا (قوله بمال) ليس قيدا احترازيا عن الخدمة لما سيأتى شرنبلالية (قوله حال) كقوله على" ألف درهم فإنه يمكنه أن يحصله بالاستقراض أو الاستيهاب عقب العقد إتقانى : قال فى الهداية : وفى الحال كما امتنع من الأداء يرد فى الرق : قال الإتقانى : ولكن لا يرد إلا بالتراضى أو بقضاء القاضى ، وإن قال أخرنى وله مال حاضر أو غائب يرجى قدومه أخر يومين أو ثلاثة (قوله أو موجل) هو أفضل كما فى السراج شرنبلالية (قوله فإن أديته فأنت حر) لابد منه لأن ما قبله يحتمل الكتابة والعتق على مال ، ولا تتعين جهة الكتابة إلا بهذا القيد . وأما قوله : وإن عجزت لا حاجة إليه ، وإنما ذكره حثا للعبد على الأداء عند النجوم كذا فى النهاية والكفاية والتبيين ، وما زعمه الوانى وغيره من لزوم الثانى أيضا رده فى العزمية بحصول المراد بالأول ، وما قدمناه عن الزيلعى من أنه يعتق وإن لم يقل إذا أديته فأنت حر فذاك فى الكتابة الصريحة كما نبه عليه الإتقانى (قوله لإطلاق قوله تعالى فكاتبوهم) فإنه يتناول جميع ما ذكر الحال" والمؤجل والصغير والكبير : وقال الشافعى رحمه الله : لا تجوز كتابة الصغير ولا الحالة زيلعى (قوله والأمر للندب) أى للوجوب بإجماع الفقهاء هداية ، وخص الفقهاء لأنه عند الظاهرية للوجوب إذا طلبها العبد وعلم المولى فيه خيرا كفاية (قوله على الصحيح) احتراز عن قول بعض مشايخنا إنه للإباحة كقوله تعالى - فاصطادوا - وهو ضعيف لأن فيه إلغاء الشرط وهو الخيرية لأن الإباحة ثابتة بدونه وفى الندب إعمال له (قوله والمراد بالخيرية الخ) وقيل الوفاء وأداء الأمانة والصلاح ، وقيل المال زيلعي (قوله جاز) فإن أدي الكتابة عتق نصفه

ثم فرّع عليه بقوله (وغرم المولى العقر إن وطىء مكاتبته) لحرمته عليه (أو جنى عليها) فإنه يغرم أرشها (أو جنى على ولدها أو أتلف) المولى (مالها) لأنه بعقد الكتابة صار كل منهما كالأجنبي ، نعم لاحدّ ولا قود على المولى للشبهة شمني (ولو أعتقه عتق مجانا) لإسقاط حقه (و) فسد (إن) كاتبه (على خمر وخنزير) لعدم ماليته فى حق المسلم ، فلو كانا ذميين جاز (أوعلى قيمته) أى قيمة نفس العبد لجهالة القدر (أو على عين) معينة (لغيره) لعجزه عن تسليم ملك الغير (أو على مائة دينار ليرد سيده عليه

وسعى فى بقية قيمته كما سيذكره آخر الباب الآتى (قوله ثم فرع عليه) أى على قوله خرج من يده لاعلى قوله دون ملكه كما لايخفى وفيه إشارة إلى أنه كان ينبغى أن يأتى بالفاء بدل الواو كما فعل فى المجمع وبهذا اعترض الطورى على الكنز حيث أتى بالواو فافهم (قوله وغرم الخ) قال صاحب التسهيل : ولو شرط وطأها فى العقد لايضمن العقر اه . وفى غاية البيان فى أوائل باب مايجوز للمكاتب أن يفعله مايخالفه فراجعه سعدية .

أقول : الذى رأيته فى غاية البيان فساد الكتابة بهذا الشرط فتأمل ، لكن فى الطورى عن المحيط : فإن وطئت ثم أدت غرم عقرها لأن العقد الفاسد ملحق بالصحيح (قوله لحرمته عليه) أقول : الحرمة لا تستلزم العقر كما لايخفى ، فالمناسب مافى الهداية من قوله لأنها صارت أخص بأجزائها . ثم العقر كما فى الشرنبلالية عن الجوهرة فى الحرائر مهر المثل ، وفى الإماء عشر القيمة لو بكرا ، ونصف العشر لو ثيبا . ولو وطىء مراراً لايلزمه إلا عقر واحد ، وما تأخذه من العقر تستعين به على الكتابة لأنه بدل منفعة مملوكة كما فى البدائع . قال فى الشرنبلالية وقد قال فى البدائع قبل هذا : ثم مال العبد مايحصل بعد العقد بتجارة أو بقبول الهبة والصدقة لأن ذلك ينسب إلى العبد ، ولا يدخل فيه الأرش والعقر وإن حصلا بعد العقد ويكون للمولى لأنه لاينسب إلى العبد اه فليتأمل ، وكذا قال الحدادى : وأما أرش الجراحة والعقر فذلك لايدخل وهو للمولى اه فلينظر فيه مع إلزام المولى العقر بوطئها والأرش بالجناية عليها اه . ووفق بينهما أبو السعود فى حاشية مسكين بحمل هذا على ما إذا كاتبه عن نفسه فقط ، وما تقدم على ماإذا كاتبه عن نفسه وعن المال الذى فى يده اه .

قلت : يؤيده ما فى الشرنبلالية عن السراج : الكتابة إما عن النفس خاصة أو عنها وعن المال الذى فى يد العبد وكلاهما جائز ، ولوكان ما فى يده أكثر من بدلها فليس للمولى إلا بدل الكتابة اه لكن يعكر عليه ما فى الهندية عن المضمرات حيث ذكر مسألة الكتابة عن النفس والمال . ثم قال : وماله هو حصل له من تجارته أو وهب له أو تصدق عليه . وأما أرش الجناية والعقر فللمولى اه وهكذا ذكر فى البدائع ، وعليه فلم يظهر بين الكتابتين فرق فليتأمل (قوله أو أتلف المولى مالها) أى فإنه يغرم مثله أو قيمته أو أرشه لو عبدا مثلا (قوله للشبهة) أى شبهة ملك الرقبة (قوله مجانا) أى لوكان المولى صحيحا ، فلو مريضا اعتبر من الثلث قهستانى (قوله وفسد إن كاتبه) لا معنى لتقدير فسد كما لا يخفى ح أى للاستغناء عنه بقول المصنف بعد فهو فاسد ، وسيأتى فى باب موت المكاتب أن فى الفاسدة للمولى الفسخ بلا رضاه ، بخلاف الجائزة وأن المكاتب يستقل بالفسخ مطلقا (قوله فلوكانا ذميين جاز) أفاد أنه لوكان أحدهما مسلما لايجوز للعلة المذكورة (قوله أو على قيمته) كان ينبغى ذكره قبل الخمر والخنزير لئلا يوهم عود الضمير على الخنزير وإن صح عوده على الخمر (قوله لجهالة القدر) أى باختلاف التقويم ، لكن يعتق بأداء القيمة وتثبت بتصادقهما ، وإلا فإن اتفق اثنان على شىء فهو القيمة وإلا فيعتق بأداء الأقصى قهستانى (قوله معينة) أى تتعين بالتعيين كالثوب والعبد ونحوهما من المكيل والموزون غير النقدين ، حتى لوكاتب على دراهم أو دنانير بعينها وهى لغيره يجوز منح (قوله لغيره) فلو كاتبه على عين فى يد

وصيفا) غير معين لجهالة القدر (فهو) أى عقد الكتابة (فاسد) فى الكل لما ذكرنا (فإن أدى) المكاتب (الخمر عتق) بالأداء (وكذا الخنزير) لماليتهما فى الجملة (وسعى فى قيمته) بالغة ما بلغت ، يعنى قبل أن يترافعا للقاضى ابن كمال (و) اعلم أنه متى سمى مالا وفسدت الكتابة بوجه من الوجوه (لم ينقص من المسمى بل يزاد عليه ، ولو) كاتبه (على ميتة ونحوها) كالدم (بطل) العقد لعدم ماليتهما أصلا عند أحد ، فلا يعتق بالأداء إلا إذا علقه بالشرط صريحا فيعتق للشرط لا للعقد .

(وصح) العقد (على حيوان بين جنسه فقط) أى لا نوعه وصفته (ويؤدى الوسط أو قيمته)

العبد من جملة كسبه فيه روايتان . وفى الإتقانى عن شرح الكافى : والصحيح أنه يجوز ، وإذا أدى يعتق (قوله وصيفا) هو الغلام وجمعه وصفاء والجارية وصيفة وجمعها وصائف مغرب (قوله غير معين) هذا عندهما خلافا لأبى يوسف ، فلو معينا جازت بالاتفاق كما فى غاية البيان (قوله لما ذكرنا) أى من العلل الأربع ح (قوله فإن أدى الخمر عتق) لم يبين حكم العتق فى باقى الصور الفاسدة ، وقدمنا أنه يعتق بأداء قيمته إذا كاتبه عليها لأنها معلومة من وجه ، وتصير معلومة من كل وجه عند الأداء . وإذا كاتبه على عين لغيره ، ففى العناية لم ينعقد العقد فى ظاهر الرواية إلا إذا قال إن أديت إلىّ فأنت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط اه ، فهذا يفيد أنه باطل لا فاسد . وأما مسألة الوصيف فظاهر كلام الزيلعى أنه باطل شرنبلالية ملخصا ، فالمراد بالفاسد هنا ما يعم الباطل كما فى العزمية (قوله بالأداء) أى أداء عين الخمر والخنزير ، سواء قال إن أديت فأنت حر أولا لأنهما مال فى الجملة بخلاف الميتة والدم فلم ينعقد العقد أصلا ، فاعتبر فيهما معنى الشرط لا غير وذلك بالتعليق صريحا ، وتمامه فى المنح (قوله وسعى فى قيمته) أى قيمة نفسه (قوله يعنى قبل أن يترافعا) تقييد لقوله فإن أدى لا لقوله عتق لانفهامه من قوله بالأداء . قال فى الكفاية وفى المبسوط : فإن أداه قبل أن يترافعا إلى القاضى وقد قال له أنت حر إذا أديته أو لم يقل فإنه يعتق اه فافهم (قوله واعلم الخ) قال الزاهدى فى شرحه : فإن قلت : قوله ولم ينقص من المسمى ويزاد عليه لا يتصور فى الكتابة بالقيمة ، ولا بالخمر والخنزير لأنه لا يجب المسمى فلا يتصور النقصان والزيادة عليه .

قلت : قد تأملت فى الجواب عنه زمانا وفتشت الشروح وباحثت الأصحاب فلم يغننى ذلك منه شيئا حتى ظفرت بما ظفر الإمام ركن الأئمة الصباغى فى شرحه فقال : وهذا إذا سمى مالا وفسدت الكتابة بوجه من الوجوه لا ينقص من المسمى ويزاد عليه .

والحاصل أن هذه الصورة مستأنفة غير متصلة بالأول وهذا كما كاتب عبده على ألف رطل من خمر ، فإذا أدى ذلك عتق عليه سواء قال إذا أديت إلىّ ألفا فأنت حر أو لم يقل ، وتجب عليه الزيادة إن كانت القيمة أكثر وإن كانت قيمته أقل من الألف لا يسترد الفضل عندنا اه فقد رمز الشارح إلى هذا (قوله لم ينقص الخ) لأن المولى لم يرض أن يعتقه بأقل مما سمى فلا ينقص منه إن نقصت قيمته عنه والعبد يرضى بالزيادة حتى ينال شرف الحرية فيزاد عليه إذا زادت قيمته زيلعى (قوله إلا إذا علقه بالشرط صريحا فيعتق) ولا شىء عليه لعدم المالية كذا فى الاختيار . ثم قال : ولو علق عتقه بأداء ثوب أو دابة أو حيوان لا يعتق للجهالة الفاحشة اه . ويخالفه قول الزيلعى : يعتق بأداء ثوب لأنه تعليق صريح فصار من باب الأيمان وهى تنعقد مع الجهالة فينصرف إلى ما يطلق عليه اسم الثوب اه شرنبلالية (قوله بين جنسه فقط الخ) كذا قال فى العناية ، إذا كاتبه على حيوان وبين جنسه كالعبد والفرس ولم يبين النوع أنه تركى أو هندى ولا الوصف أنه جيد أو ردىء جازت ، وينصرف

ويجبر على قبولها (و) صح أيضا (من كافر كاتب قنا كافرا مثله على خمر) لماليته عندهم (معلومة) أى مقدرة ليعلم البدل (وأى) من المولى والعبد (أسلم فله قيمة الخمر وعتق بقبضها) لتعلق عتقه بأداء الخمر لكن مع ذلك يسعى فى قيمته كما مر (و) صح أيضا (على خدمته شهرا له) أى للمولى (أو لغيره أو حفر بئر أو بناء دار إذا بين قدر المعمول والآجر بما يرفع النزاع) لحصول الركن والشرط .

(لا تفسد الكتابة بشرط) لشبهها بالنكاح ابتداء لأنها مبادلة بغير مال وهو التصرف (إلا أن يكون الشرط فى صلب العقد) فتفسد لشبهها بالبيع انتهاء لأنه فى البدل هذا هو الأصل .

باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله وما لا يجوز

(للمكاتب البيع والشراء ولو بمحاباة)

إلى الوسط لأن الجهالة يسيرة ، ومثلها يتحمل فى الكتابة لأن مبناها على المساهلة فيعتبر جهالة البدل بجهالة الأجل ، حتى لو كاتبه إلى الحصاد صحت اه ولكن فى الاختيار : الكتابة على الحيوان والثوب كالنكاح إن بين النوع صح ، وإن أطلق لا يصح اه ومثله فى البدائع : ثم قال : وإن على عبد أو جارية صح لأنها جهالة الوصف فقد سمى النوع جنسا والوصف نوعا فلا مخالفة فى الحكم (قوله ويجبر على قبولها) كما يجبر على قبول العين لأن كل واحد أصل ، فالعين أصل تسمية والقيمة أصل أيضا لأن الوسط لا يعلم إلا بها فاستويا زيلعى (قوله فله قيمة الخمر) لتعذر تسليم عينها بالإسلام (قوله وعتق بقبضها) يحتمل رجوع الضمير إلى القيمة وعليه مشى المصنف وهو مما لا خلاف فيه ، ويحتمل رجوعه إلى الخمر وهو ما قرره الشارح وعليه مشى فى الهداية والدرر وغيرهما وفيه روايتان كما فى العناية (قوله كما مر) فى مسألة كتابة المسلم على خمر أو خنزير (قوله على خدمته شهرا) هذا استحسان لأنها تصير معلومة بالعادة ، وبحال المولى أنه فى أى شىء يستخدمه ، وبحال العبد أنه لأى شىء يصلح كما لو عينها نصا ، ولم يذكر الوقت فسدت لأن البدل مجهول بدائع (قوله والآجر) بالمد والتشديد اللبن : المحرق شرنبلالية (قوله بما يرفع النزاع) بأن سمى له طول البئر وعمقها ومكانها ويريه آجر الدار وجصها وما يبنى بها بدائع (قوله لحصول الركن والشرط) أى الإيجاب والقبول ومعلومية البدل (قوله لا تفسد الكتابة بشرط) أى شرط فاسد وهو المخالف لمقتضى العقد ، كما إذا كاتبه على أن لا يخرج من المصر أو أن لا يتجر ونحوه مما لا يدخل فى صلب الكتابة إتقانى (قوله لأنها الخ) بيان لوجه الشبه ، وقوله وهو التصرف : أى غير المال هو التصرف : أى فك الحجر إذ البدل مقابل به (قوله لشبهها بالبيع انتهاء) كذا فى الدرر ، وفيه كلام يعلم من الشرنبلالية (قوله لأنه فى البدل) أى لأن الشرط فى صلب العقد واقع فى البدل كالكتابة على بدل مجهول أو حرام ، أو على ألف على أن يطأها ما دامت مكاتبة أو تخدمه ولم يبين وقتا أو وهى حامل من غيره ، واستثنى ما فى بطنها إتقانى ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله

(قوله للمكاتب البيع والشراء) كذا الإجارة والإعارة والإيداع والإقرار بالدين واستيفائه وقبول الحوالة بدين عليه ، لا إن لم يكن عليه ، وأن يشارك عنانا لا مفاوضة لاستلزامها الكفالة ، وله الشفعة فيما اشتراه المولى ، وللمولى الشفعة فيما اشتراه المكاتب ، وأن يتوكل بالشراء وإن أوجب عليه ضمان الثمن للبائع ، وأن يأذن لعبده ، وأن يحط شيئا بعد البيع بعيب ادعي عليه أو يزيد فى الثمن ، وأن يرد بالعيب ولو اشترى من مولاه إلا أنه لا يجوز

يسيرة (والسفر وإن شرط) المولى (عدمه وتزويج أمته وكتابة عبده والولاء له إن أدى) الثانى (بعد عتقه وإلا) بأن أداه قبله أو أديا معا (فلسيده لا التزوج بغير إذن مولاه و) لا (الهبة ولو بعوض ، و) لا (التصدق إلا بيسير منهما و) لا (التكفل مطلقا) ولو بإذن بنفس لأنه تبرع (و) لا (الإقراض وإعتاق عبده ولو بمال ، وبيع نفسه منه

له أن يرابح فيما اشتراه من مولاه إلا أن يبين ، وكذلك المولى فيما اشتراه منه ، ولا أن يبيع من مولاه درهما بدرهمين لأنه صار أحق بمكاسبه فصار كالأجنبى فى المعاوضة المطلقة كذا فى البدائع ملخصا .

ولا يرد ما مر أن له أن يكاتبه عن نفسه وماله الذى فى يده ولو أكثر من البدل لورود العقد ثمة وهو قن ، وإن أوصى بوصية ومات قبل الأداء لا تجوز وإن ترك وفاء ، وإن مات بعد الأداء ، فإن قال إذا عتقت فثلث مالى وصية صحت إجماعا ، وإن أوصى بعين من ماله لا تجوز إجماعا لأنه ما أضافها إلى حالة الحرية فتعلقت بملكه فى وقت لا يملك التبرع إلا إذا أجازها بعد العتق ، وإن أوصى بثلث ماله فعنده لا تجوز إلا أن يجيزها بعد العتق . وعندهما تجوز بدائع ملخصا (قوله يسيرة) تقييد لإطلاق المتن تبعا للشرنبلالية عن الخانية مع أنه هو قول الإمام .

قال فى البدائع : وله أن يبيع بقليل الثمن وكثيره وبأى جنس كان ، وبالنقد والنسيئة فى قول أبى حنيفة . وعندهما لا يملك البيع إلا بما يتغابن الناس فى مثله ، وبالدراهم والدنانير ، وبالنقد لا بالنسيئة كالوكيل بالبيع المطلق اهـ (قوله وإن شرط المولى عدمه) أى عدم السفر لأن البيع والشراء ربما لا يتفق فى الحضر ولا يبطل العقد لأن الشرط ليس فى صلبه : أى لم يدخل فى أحد البدلين كما مر (قوله وتزويج أمته) وكذا مكاتبتها لأنه من باب الاكتساب ، بخلاف عبده بدائع ، ولا يزوجها من عبده . وعن أبى يوسف أنه يجوز قهستانى (قوله وكتابة عبده) إلا ولده ووالديه لأنهم يعتقون بعتقه فلا يجوز أن يسبق عتقهم عتقه ولأنهم دخلوا فى كتابته فلا يكاتبون ثانيا بدائع (قوله بعد عتقه) أى عتق الأول لأنه صار أهلا للولاء (قوله فلسيده) ولا يرجع الولاء إلى الأول بعد عتقه لأنه متى ثبت لا يحتمل الانتقال بحال بدائع (قوله لا التزوج) فإن عتق قبل إجازته نفذ على المكاتب كما مر فى النكاح ، قيل وكذا التسرى وسيجىء در منتقى (قوله ولا الهبة الخ) قال فى البدائع : وإذا وهب هبة أو تصدق ثم عتق ردت حيث كانت لأنه عقد لا مجيز له حال وقوعه فلا يتوقف ، وظاهره المنع منهما ولو بإذن المولى . قال أبو السعود : وهو مصرح به ، ووجهه أن المولى لا ملك له فى كسبه (قوله إلا بيسير منهما) قيد فى الشرنبلالية التصدق باليسير من المأكول مستندا للبدائع .

أقول : ونصها ولا يملك التصدق إلا بشىء يسير حتى لا يجوز له أن يعطى فقيرا درهما ولا أن يكسيه ثوبا ، وكذا لا يجوز أن يهدى إلا شيئا قليلا من المأكول ، وله أن يدعو إلى الطعام اهـ . وفى القهستانى عن الكرمانى : اليسير هو ما دون الدرهم لأنه يتوسع فيه الناس اهـ فتأمل (قوله ولا التكفل) أى عن غير سيده فيجوز عنه ، لأن بدل الكتابة واجب عليه فلم يكن متبرعا والأداء إليه وإلى غيره سواء بدائع (قوله ولو بإذن بنفس) تفسير للإطلاق : أى سواء كانت بإذن المولى أو المكفول أولا بنفس أو مال ، فقوله بنفس داخل تحت المبالغة أى ولو بنفس ه وفى البدائع : فإن أدى فعتق لزمته الكفالة لوقوعها صحيحة فى حقه لأنه أهل بخلاف الصبى (قوله لأنه تبرع) فإنها التزام تسليم النفس أو المال بغير عوض والمولى لا يملك كسبه فلا يصح إذنه بالتبرع (قوله ولا الإقراض) لأنه تبرع بابتدائه بدائع ، وينبغى جوازه باليسير كالهبة قهستانى بل هو أولى برجندى (قوله ولو بمال) كأنت حر على ألف فإذا قبل عتق ، وكذا تعليقه بأدائه كإن أديت إلى ألفا فأنت حر ، وكذا قوله وبيع نفسه

وتزويج عبده) لنقصه بالمهر والنفقة (وأب ووصى وقاض وأمينه فى رقيق صغير) تحت حجرهم (كمكاتب) فيما ذكر (بخلاف مضارب ومأذون وشريك) ولو مفاوضة على الأشبه لاختصاص تصرفهم بالتجارة .

(ولو اشترى أباه أو ابنه تكاتب عليه) تبعا له ، والمراد قرابة الولاد لا غير (ولو) اشترى (محرما) غير الولاد (كالأخ والعم لا) يكاتب عليه خلافا لهما .

(ولو اشترى أم ولده مع ولده منها) وكذا لو شراها ثم شراه جوهرة (لم يجز بيعها) لتبعيتها لولدها (و) لكن (لا تدخل فى كتابته) ثم فرع عليه بقوله (فلا تعتق بعتقه ولا ينفسخ نكاحه) لأنه لم يملكها (فجاز له أن يطأها بملك النكاح فكذا المكاتبة إذا اشترت بعلها غير أن لها بيعه مطلقا لأن الحرية لم تثبت من جهتها (ولو ملكها بدونه) أى بدون الولد (جاز له بيعها خلافا لهما

أى لنفس العبد منه لأن فيها إسقاط الملك وإثبات الدين على المفلس (قوله وتزويج عبده) ولو من أمته كما مر (قوله فى رقيق صغير) تركيب إضافي لا توصيفي (قوله فيما ذكر) من التصرفات ثبوتا ونفيا ، فيملكان كتابة قنه وإنكاح أمته لا إعتاق عبده ولو بمال الخ . وإذا أقر بقبض بدل الكتابة ، فإن كانت ظاهرة بمحضر من الشهود صدقا وعتق وإن لم تكن معروفة لم يجز الإقرار بالعتق لأنه فى الأول إقرار باستيفاء الدين فيصح ، وفى الثانى بالعتق فلا يصح بدائع (قوله ولو مفاوضة) كذا فى الكافى حيث جعله كالمأذون ، وجعله فى النهاية كالمكاتب (قوله على الأشبه) قال الزيلعى : وجعله كالمأذون أشبه بالفقه (قوله لاختصاص تصرفهم بالتجارة) فإن الأصل أن من كان تصرفه عاما فى التجارة وغيرها يملك تزويج الأمة والكتابة كالأب ونحوه ، ومن كان تصرفه خاصا بالتجارة لا يملكه (قوله تبعا له) لأن المشرى لو كان مكاتبا أصالة لبقيت بعد عجز المكاتب الأصلى (قوله والمراد قرابة الولاد) وأقواهم دخولا الولد المولود فى الكتابة ، ثم الولد المشترى ، ثم الأبوان ، وعن هذا يتفاوتون فى الأحكام كما سيأتى بيانه إن شاء الله تعالى فى باب موت المكاتب (قوله خلافا لهما) حيث قالا يكاتب عليه ، لأن وجوب الصلة يشمل القرابة المحرمية للنكاح ولهذا يعتق على الحر كل ذى رحم محرم منه ، وله أن للمكاتب كسبا لا ملكا ولذا تحل له الصدقة وإن أصاب مالا ، ولا يملك الهبة ، ولا يفسد نكاح امرأته إذا اشتراها غير أن الكسب يكفى للصلة فى الولاد ، حتى أن القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفى لغيرها ، حتى لا تجب نفقة الأخ إلا على الموسر ، وتمامه فى الهداية وشروحها . وثمرة الخلاف أنه لو ملكه له بيعه عنده خلافا لهما كما فى الدرر ، وأنه إذا مات لا يقوم مقامه فلا يسعى على نجومه عنده كما يظهر من الشرنبلالية (قوله أم ولده) يعنى المستولدة بالنكاح عزمية (قوله وكذا لو شراها ثم شراه) قال ابن الملك : والأصح أنه إذا اشتراه أولا ثم اشتراها حرم بيعها ؛ لأن الولد يكاتب عليه أولا وبواسطته تكاتبت أمه . وإذا اشتراها أولا لا يحرم بيعها لانتفاء المقتضى وهو تكاتب الولد ، ثم إذا اشترى الولد حرم بيعها عند شراء الولد لوجود المقتضى اهـ ، فالمدار على اجتماعهما فى ملكه أعم من أن يكون قد اشتراهما معا أو متعاقبا ، فالتقييد بالمعية خلاف الأصح (قوله لتبعيتها لولدها) لقوله صلى الله عليه وسلم « أعتقها ولدها » (قوله لأنه لم يملكها) أى حقيقة فهى كسبه لا ملكه كما مر ، وهذا علة للمفرع والمفرع عليه (قوله فجاز) تفريع على قوله ولا ينفسخ نكاحه (قوله فكذا المكاتبة الخ) أى فله أن يطأها بالنكاح لأنها لم تملك رقبته حقيقة هندية عن البناية العينى (قوله مطلقا) أى سواء كان معه ولده منها أولا رحمتى (قوله لأن الحرية لم تثبت من جهتها) يعنى الحرية المنتظرة ، والمعنى أنها إذا اشترت بعلها مع ابنها منه تبعها ابنها فى الكتابة ولا يتبعه أبوه فى تلك الكتابة المؤدية إلى الحرية لأن التبعية للولد خاصة بجهتها فهى التى تتبع ولدها كما يتبعها هو فى الرقبة

(وإن ولد له من أمته ولد) فادعاه (تكاتب عليه) تبعا له (و) كان (كسبه له) لأنه كسب كسبه .

(زوّج) المكاتب (أمته من عبده فكاتبهما فولدت دخل فى كتابتها وكسبه) وقيمته لو قتل (لها) لأن تبعيتها أرجح .

(مكاتب أو مأذون نكح أمة زعمت أنها حرة بإذن مولاه) متعلق بنكح (فولدت منه ثم استحقت فالولد رقيق) فليس له أخذه بالقيمة خلافا لمحمد لأنه ولد المغرور ، وخصا المغرور بالحر بإجماع الصحابة ،

والحرية والتدبير ، فشراء الولد يمنع بيع أصله لو كانت الحرية المنتظرة من جهة الأم بأن كان ذلك الأصل أما كما فى المسألة السابقة ، فلو كان أبا لا يمتنع بيعه هذا ما ظهر لى . وعبارة الزيلعى : لأن الجزئية بالجيم والزاى . والمعنى أن البعضية التى تمنع بيع الأصل معتبرة من جهتها كما قدمناه ولم توجد هنا ، ولم أر من أوضح هذه العبارة بعد المراجعة الكثيرة فتأمل (قوله وإن ولد له من أمته ولد) اعترض بأن المكاتب لا يملك وطء أمته . وأجيب بأن النسب لا يتوقف على الحل كما فى وطء أمة ابنه أو أمة مشتركة فيثبت لشبهة ملك اليد كما فى شروح الهداية . قال في الجوهرة : أو نقول : صورته أن يتزوج أمة قبل الكتابة فإذا كوتب اشتراها فتلد له ولدا اهـ وعلى هذا فلا يحتاج إلى قول الشارح فادعاه لبقاء النكاح بعد الشراء كما مر (قوله لأنه كسب كسبه) وهو الولد . قال الزيلعى : فإنه فى حكم مملوكه (قوله زوّج المكاتب) كذا فى غير ما كتاب .

واستشكله فى الشرنبلالية بما تقدم من أن المكاتب لا يزوج عبده وليس تزويجه عبده يكون موقوفا كتزوجه إذ لا مجيز له حال صدوره فصار كهبته الكثير وتزوجه هو له مجيز وهو للولى الحر . ثم أجاب : بأنه لا يمنع ثبوت النسب لأنه يثبت للشبهة كالنكاح الفاسد كما مر اهـ . وأرجع ابن ملك الضمير للمولى وهو المتبادر من التبيين والهداية وشروحها ، وظاهره أنه المولى الحر وعليه فلا إشكال أصلا .

ونقل أبو السعود : عن الشلبى وغيره أنه ينبغى أن يقرأ المكاتب بكسر التاء وأنه لو ذكر المولى لكان أولى اهـ . قلت : ويحتاج إلى ادعاء مجاز الأول (قوله فولدت) أشار إلى أنهما لو قبلا الكتابة عن أنفسهما وعن ولد لها صغير فقتل الولد تكون قيمته بينهما ، ولا تكون الأم أحق به لأن دخوله فى الكتابة هنا بالقبول عنه لا بمجرد التبعية والقبول وجد منهما فيتبعهما زيلعى (قوله لأن تبعيتها أرجح) من إضافة المصدر إلى مفعوله ، وذلك لأنه انفصل من الأب وليس له قيمة وانفصل من الأم متقوما فكان تبعيتها أرجح ، ولأنه يتبعها فى الرق والحرية فلذا كانت أخص بكسبه إتقانى (قوله خلافا لمحمد) حيث قال هو حر بالقيمة يعطيها للمستحق فى الحال إن كان التزوج بإذن المولى وإلا فبعد العتق ثم يرجع هو بما ضمن من قيمة الولد على الأمة المستحقة بعد العتق إن كانت هى الغارة ، وكذا إذا غره عبد مأذون أو غير مأذون له فى التجارة أو مكاتب رجع عليه بعد العتق لأنه ليس من باب التجارة فلا ينفذ فى حق مولى الغار ، وإن غره حر رجع عليه فى الحال ، وكذا حكم المهر فإن المستحق يرجع عليه فى الحال إذا كان التزويج بإذن مولاه وإلا فبعد الحرية ، وليس له هو أن يرجع على أحد بالمهر على ما عرف في موضعه ، وحكم الغرور يثبت بالتزويج دون الإخبار بأنها حرة زيلعى (قوله لأنه ولد المغرور) دليل قول محمد فهو علة لمحذوف : أى فإنه قال هو حر بالقيمة لأنه ولد المغرور دفعا للضرر عنه كالحر (قوله وخصا المغرور الخ) قال الزيلعى : ولهما أنه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا إذ الولد يتبع الأم فى الرق والحرية ، وتركنا هذا فى الحر بإجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم ، والعبد ليس فى معنى الحر لأن حق المولى وهو المستحق فى الحر مجبور بقيمة واجبة فى الحال ، وفى العبد بقيمة متأخرة إلى ما بعد العتق فتعذر الإلحاق لعدم المساواة هكذا ذكروا هنا اهـ .

واستشكله الزيلعى .

(ولو اشترى المكاتب أمة شراء ينظر فاسدا فوطئها ثم ردها للفساد) لشرائها (أو) شراها (صحيحا فاستحقت وجب عليه العقر فى حالة الكتابة) قبل عتقه لدخوله فى كتابته ، لأن الإذن بالشراء إذن بالوطء (ولو)

وحاصله أن المغرور خاص بالحر ، ولا يمكن قياس الرقيق عليه لأنه لامساواة بينهما فإنه لايطالب بالقيمة حالا كالحر فيلزم ضرر المستحق (قوله واستشكله الزيلعى) حيث قال : وهذا مشكل جدا ، فإن دين العبد إذا لزمه بسبب أذن فيه المولى يظهر فى حق المولى ويطالب به للحال ؛ والموضوع هنا مفروض فيما إذا كان بإذن المولى وإنما يستقيم هذا إذا كان التزوج بغير إذن المولى لأنه لا يظهر الدين فيه فى حق المولى فلايلزمه المهر ولاقيمة الولد فى الحال ، وتشهد المسألة التى تلى هذه المسألة بهذا المعنى ا . وهو فى الحقيقة استشكال لقوله فى الاستدلال بتأخر المطالبة إلى ما بعد العتق مع إذن المولى بالنكاح لا لتخصيصهما المغرور بالحر كما يوهمه كلام الشارح . وأجاب بعضهم بأن إذن المولى هنا ليس سببا لحرية الولد أو رقيته وإنما سببها حرية الأم أو شرط كون الولد حرا فى الزوج الحر فلم يظهر فى حقه فلم يطالب به فى الحال . ونقل ط عن الرازى نحوه ، وعن الوانى أن الإذن بالشىء إنما يكون إذنا بما يتعلق به إذا كان من لوازمه والوطء ليس كذلك اه فتأمل . وأجاب الطورى بأن المكاتب والمأذون أعطيناهما حكم الأحرار ولم يتضمن ما أذن فيه المولى النكاح وتوقف صحته على الإذن للحل لا ليضمن ذلك المولى ، بخلاف مسألة البيع الآتية لأن الإذن فيها تناول الفاسد فافترقا اه . ولا يخفى ضعف الكل فتأمل .

هذا ، والمصرح به فى المعراج والكفاية أنه على قول محمد لو نكح بإذن المولى لزم قيمة الولد والمهر فى الحال وإلا فبعد العتق ، وقد مر أيضا . فاستشكال الزيلعى على ما ذكر فى الاستدلال موافق للمنقول عن محمد ، فتأخر المطالبة المذكور فى الاستدلال خاص بما إذا كان بلا إذن كما قيده به فى الكفاية ، وبه يندفع الإشكال ، نعم يرد عليه أنه ليس فرض المسألة ولذا حذفه بعض الشراح واستغنى بالكلام الأول (قوله فوطئها) أى بغير إذن المولى هداية ، أما بإذنه فبالأولى معراج (قوله لشرائها) الأولى حذفه كما فى عبارة الدرر (قوله أو شراها صحيحا) اعترضه فى الشرنبلالية بأن الاستحقاق يمنع صحة الشراء اه فالأولى الاقتصار على عبارة المتن وإن أجيب عنه بأنه وصفه بالصحة باعتبار الظاهر (قوله لدخوله فى كتابته) أى لدخول العقر . قال فى الهداية : لأن التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة وهذا العقر من توابعها ، أو لدخول الشراء ولو فاسدا لأن الكتابة تنتظمه بنوعيه كالتوكيل كما فى الهداية أيضا ، أو لدخول المذكور من الشراء مطلقا والعقر وهو أولى ليشمل الصورتين (قوله لأن الإذن بالشراء إذن بالوطء) أخذه من الدرر حيث قال فيها : قال صدر الشريعة : ولقائل أن يقول إن العقر يثبت بالوطء لا بالشراء والإذن بالشراء ليس إذنا بالوطء والوطء ليس من التجارة فى شىء فلا يكون ثابتا فى حق المولى .

أقول : جوابه أنا سلمنا أن العقر ثبت بالوطء لا بالشراء ابتداء لكن الوطء مستند إلى الشراء إذ لولاه لكان الوطء حراما بلا شبهة فلا يثبت به العقر ويجب الحد فيكون الإذن بالشراء إذنا بالوطء والوطء نفسه وإن لم يكن من التجارة لكن الشراء منها فيكون ثابتا فى حق المولى اه .

قال فى الشرنبلالية : قوله فيكون الإذن بالشراء إذنا بالوطء غير مسلم فكان ينبغى تركه ، والاقتصار على ما ذكره قبله وبعده يوضحه ما فى العناية : الكتابة أوجبت الشراء والشراء أوجب سقوط الحد وسقوط

وطئها (بنكاح) بلا إذنه (أخذ به) بالعقر (منذ عتق) أى بعد عتقه لعدم دخوله فيها كما مر (والمأذون كالمكاتب فيهما) فى الفصلين ؛

(وإذا ولدت مكاتبة من سيدها) فلها الخيار إن شاءت (مضت على كتابتها) وتأخذ العقر منه (أو) إن شاءت (عجزت) نفسها (وهى أم ولده) ويثبت نسبه بلا تصديقها لأنها ملكه رقبة ؛

(ولو كاتب شخص أم ولده أو مدبره صح وعتقت أم الولد) مجانا بموته بالاستيلاد (وسعى المدبر فى ثلثى قيمته إن شاء أو سعى فى كل البدل بموت سيده فقيرا) لم يترك غيره (ولو دبر مكاتبه صح فإن عجز بقى مدبرا وإلا سعى فى ثلثى قيمته) إن شاء (أو فى ثلثى البدل بموته) أى المولى (معسرا) لم يترك غيره (وإن كان) مات (موسرا بحيث يخرج) المدبر (من الثلث عتق) بالتدبير (وسقط عنه بدل الكتابة ، كما لو أعتق المولى مكاتبه)

الحد أوجب العقر فالكتابة أوجبت العقر ولا كذلك النكاح : أى فى المسألة الآتية (قوله بلا إذنه) متعلق بنكاح قال ط : أما بالإذن فيظهر فى حق المولى ويطالب المكاتب به حالا شلبى اهـ (قوله أى بعد عتقه) هذا إذا كانت المرأة ثيبا ، فلو بكرا فافتضها يؤاخذ به فى الحال إتقانى عن شرح الطحاوى (قوله لعدم دخوله) أى النكاح بلا إذن ح : أى لأنه ليس من الاكتساب (قوله كما مر) أى أول الباب من أن المكاتب ليس له التزوج بلا إذن (قوله فى الفصلين) بدل من قوله فيهما : أى فصل الشراء بقسميه وفصل النكاح والعلة واحدة ، فإن الإذن رفع الحجر كالكتابة فيملك التجارة والنكاح ليس منها بخلاف الشراء (قوله فلها الخيار) لأنه تلقاها جهتا حرية عاجلة ببدل وآجلة بغير بدل فتتخير بينهما عينى (قوله إن شاءت مضت على كتابتها) فإن مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها البدل زيلعى (قوله وتأخذ العقر منه) وتستعين به فى أداء بدل الكتابة إذا كان العلوق فى حال الكتابة لأن المولى كالأجنبى فى منافعها ومكاسبها والعقر بدل بضعها إتقانى ، ويعلم كون العلوق فى حال الكتابة بإقراره أو بأن تلد لأكثر من ستة أشهر مذ كاتبها فإن جاءت به لأقل فلا عقر عليه (قوله عجزت نفسها) أى أقرت بالعجز عن أداء البدل (قوله ويثبت نسبه بلا تصديقها) وإن ولدت آخر لم يثبت من غير دعوى حرمة وطئها عليه ، وولد أم الولد إنما يثبت نسبه بلا دعوى إذا كان وطؤها حلالا ، وما فى الدرر من جواز استيلاد المكاتبة فالمراد به الصحة لا الحل كما نبه عليه الشرنبلالى (قوله لأنها ملكه رقبة) بخلاف ما إذا ادعى ولد جارية المكاتبة حيث لا يثبت النسب منه إلا بتصديق المكاتبة لأنه لا ملك له حقيقة فى ملك المكاتبة وإنما له حق الملك منح (قوله بموته بالاستيلاد) الباء الأولى للمصاحبة والثانية للسببية أى عتقت بموته بلا شىء وسقط عنها البدل ، لأنها عتقت بسبب أمومية الولد لبقاء حكم الاستيلاد بعد الكتابة لعدم التنافى بينهما وتسلم لها الأولاد والأكساب لأنها عتقت وهى مكاتبة ، كما إذا أعتقها المولى حال حياته زيلعى (قوله وسعى المدبر فى ثلثى قيمته الخ) لأنه سلم له بالتدبير السابق على الكتابة الثلث فيكون البدل بمقابلة الثلثين ، لأنه لما كان الإعتاق عند الإمام متجزئا بقى ما وراء الثلث عبدا وبقيت الكتابة فيه ، فتوجه لعتقه جهتان : كتابة مؤجلة وسعاية معجلة فيخير ، لجواز أن يكون أكثر البدلين أيسر باعتبار الأجل وأقلهما أعسر أداء لكونه حالا ، فكان فيه فائدة وإن كان جنس المال متحدا . وعند أبى يوسف يسعى فى الأقل منهما . وعند محمد فى الأقل من ثلثى قيمته وثلثى البدل ؛ وتمامه فى التبيين (قوله لم يترك غيره) فلو موسرا بحيث يخرج من الثلث عتق بالتدبير در منتقى (قوله ولو دبر مكاتبه) هذه عكس ما قبلها لأن التدبير هنا بعد الكتابة (قوله صح) أى التدبير لأنه يملك تنجيز العتق فيه فيملك التعليق فيه بشرط الموت زيلعى (قوله وإلا) أى وإلا يعجز فإن أدى بدلها قبل موت السيد عتق وإلا سعى الخ (قوله فى ثلثى قيمته الخ) هذا عنده . وقالا : يسعى فى الأقل منهما ، فالخلاف فى الخيار مبنى على تجزى

فإنه يعتق مجانا لقيام ملكه :

(كاتبه على ألف مؤجل ثم صالحه على نصفه حالا صح) استحسانا :

(مريض كاتب عبده على ألفين إلى سنة فمات) المريض (و) الحال أن (قيمة المكاتب ألف) درهم (ولم تجز الورثة التأجيل) ولم يترك غيره (أدى) المكاتب (ثلثى البدل) وعند محمد ثلثى القيمة حالا والباقى إلى أجله (أورد رقيقا) لقيام البدل مقام الرقبة فتنفذ فى ثلثه (وإن كاتبه على ألف إلى سنة و) الحال أن (قيمته ألفان ولم يجيزوا أدى ثلثى القيمة حالا) وسقط الباقى (أو رد رقيقا) اتفاقا لوقوع المحاباة فى القدر والتأخير فتنفذ بالثلث :

(حر قال لمولى عبد كاتب عبدك فلانا) الغائب (على ألف درهم على أنى إن أديت إليك ألفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا الشرط وقبل) المولى (ثم أدى) الحر (ألفا

الإعتاق وعدمه ، أما المقدار فمتفق عليه لأن بدل الكتابة مقابل بكل الرقبة إذ لم يستحق شيئا من الحرية قبل ذلك فإذا عتق بعض الرقبة مجانا بعد ذلك سقط حصته من البدل ، بخلاف ما إذا تقدم التدبير لأنه سلم له بالتدبير الثلث فيكون البدل مقابلا بما لم يسلم له وهو الثلثان زيلعى ، وقولهما أظهر كما فى المواهب أبوالسعود عن الحموى (قوله فإنه يعتق مجانا) وسقط عنه بدل الكتابة لأنه التزمه لتحصيل العتق وقد حصل بدونه ، وكذا المولى كان يستحقه مقابلا بالتحرير وقد فات ذلك بالإعتاق مجانا زيلعى :

هذا : وقال فى غاية البيان : وقول صاحب الهداية مع سلامة الأكساب له يفهم منه أن الأكساب تسلم للمكاتب بعد الإعتاق ، وفيه نظر لأن الرواية لم توجد فى كتب محمد ومن بعده من المتقدمين كالطحاوى والكرخى وأبى الليث وغيرهم ، فينبغى أن يكون الأكساب للمولى بعد ما أعتقه كما بعد عجز المكاتب ، ثم أطال فى الاستدلال ، ولم أر من تعرض لهذا من الشراح كالمعراج والعناية والكفاية ، والله تعالى أعلم (قوله صح استحسانا) والقياس أن لا يصح لأنه اعتياض عن الأجل بالمال : ووجه الاستحسان أن الأجل فى حق المكاتب مال من وجه لأنه لا يقدر على الأداء إلا به ، وبدل الكتابة ليس مالا من وجه حتى لاتصح الكفالة به فاعتدلا ابن كمال (قوله على ألفين) قال فى الحقائق : التقدير ليس بلازم بل المراد أن بدل الكتابة أكثر من قيمته ابن كمال ، ولو استويا بأن كان البدل ألفا وجب تعجيل ثلثى الألف اتفاقا كما فى حاشية أبى السعود عن المفتاح (قوله التأجيل) قيد به لأن المريض لم يتصرف فى حق الورثة إلا فى حق التأجيل فكان لهم أن يردوه ، إذ تأجيل المال أخر حق الورثة وفيه ضرر عليهم فلا يصح بدون إجازتهم ، كذا فى المبسوط معراج (قوله ولم يترك غيره) أما إذا ترك مالا غيره يخرج هذا البدل من ثلثه صح التأجيل فيه ، لأن الوصية تصح بعينه فلأن تصح بتأجيله أولى ، كذا ظهر لى وحرره ط (قوله ثلثى القيمة) وهى الألف (قوله والباقى إلى أجله) أى الباقى من الألفين على القوابين ح (قوله لقيام البدل الخ) تعليل لقوله أدى ثلثى البدل ح (قوله على ألف) أى على نصف قيمته (قوله اتفاقا) والفرق لمحمد بين هذه وبين الأولى أن الزيادة على القيمة كانت حق المريض فى الأولى حتى كان يملك إسقاطها بالكلية بأن يبيعه بقيمته فتأخيرها أولى لأنه أهون من الإسقاط ، وهنا وقعت الكتابة على أقل من قيمته فلا يملك إسقاط ما زاد على ثلث قيمته ولا تأجيله لأن حق الورثة تعلق بجميعه بخلاف الأولى زيلعى (قوله الغائب) قيد به لأنه فرض المسألة فى كلام المصنف كما يشهد به السباق واللحاق وإلا فالحاضر مثله (قوله وقبل المولى) صوابه الحر أو الرجل كما عبر به الزيلعى ومنلا مسكين . قال محشيه أبو السعود نقلا عن الحموى : وهذا صريح فى أن الأمر لا يكون إيجابا فى باب الكتابة كالبيع فليحرر (قوله ثم أدى الحر ألفا) يفهم منه بعد قوله وقبل الرجل أنه لو لم يقبل وأدى ألفا لا يعتق خلافا لما يظهر من الدرر حيث أطلق فى أنه يعتق بالأداء ولم يقيده بقبول الرجل ، ولهذا قيده فى العزمية بقوله عتقه بالأداء مقيد بما إذا قبل الرجل ثم أدى ألفا كما ذكره الزيلعي اهـ

عتق) العبد بحكم الشرط ، وكذا لو لم يقل إن أديت فأدى يعتق استحسانا لنفوذ تصرف الفضولى فى كل ما ليس بضرر ، ولا يرجع الحر على العبد لأنه متبرع (وإذا بلغ العبد) هذا الأمر (فقبل صار مكاتبا) إنما يحتاج لقبوله لأجل لزوم البدل عليه.

(قال عبد حاضر لسيده كاتبنى على نفسى وعن فلان الغائب فكاتبهما فقبل العبد الحاضر صح) العقد استحسانا فى الحاضر أصالة والغائب تبعا (وأيهما أدى بدل الكتابة عتقا جميعا) بلا رجوع (ويجبر المولى على القبول) للبدل من أحدهما (ولا يطالب) العبد (الغائب بشىء) لعدم التزامه (وقبوله) للكتابة (لغو) لا يعتبر (كرده إياها) ولو حرره سقط عن الحاضر حصته ،

أبو السعود (قوله عتق العبد) ويقع العتق عن المأمور ، وكذا لو قال كاتب عبدك عنى بألف ، بخلاف أعتق عبدك عنى بألف فإنه يقع عن الآمر ، والفرق بينهما مبسوط فى المعراج (قوله يعتق استحسانا) أى لا قياسا ، بخلاف الأولى فهى قياس واستحسان : ووجه القياس هنا أن العقد موقوف والموقوف لا حكم له ولم يوجد التعليق (قوله لنفوذ تصرف الفضولى الخ) قال فى الكفاية : وهذا لأن المولى ينفرد بإيجاب العتق والحاجة إلى قبول المكاتب لأجل البدل ، فإذا تبرع الفضولى بأدائه عنه تنفذ الكتابة فى حق هذا الحكم وتتوقف فى حق لزوم الألف على العبد (قوله ولا يرجع الحر على العبد) وقيل يرجع على المولى ويسترد ما أداه إن أداه بضمان لأن ضمانه كان باطلا لأنه ضمن غير الواجب زيلعى (قوله لأنه متبرع) يعنى وقد حصل مقصوده وهو عتق العبد ، ولا بد من هذه الزيادة لأنه إذا أدى بعض البدل يرجع بما أداه على المولى لعدم حصول مقصوده وهو العتق ، سواء أدى بضمان أو بغير ضمان شرنبلالية .

أقول : كون هذه الزيادة لا بد منها محل نظر لأن الكلام فى الرجوع على العبد تأمل (قوله صار مكاتبا) لأن الكتابة كانت موقوفة على إجازته وقبوله فصار إجازته انتهاء كقبوله ابتداء ولو قال العبد لا أقبله فأدى عنه الرجل الذى كاتب عنه لا تجوز لأن العقد ارتد برده ، ولو ضمن الرجل لم يلزمه شىء لأن الكفالة ببدل الكتابة لا تجوز زيلعى (قوله إنما يحتاج لقبوله الخ) أى توقف الكتابة فى حق لزوم البدل عليه متوقف على قبوله كما قدمناه (قوله على نفسى) كذا عبارة التبيين ، والأولى «عن» بدل «على» كما فى الهداية وغيرها (قوله صح العقد استحسانا) وفى القياس يصح عن نفسه لولايته عليها ، ويتوقف فى حق الغائب لعدم الولاية عليه هداية (قوله فى الحاضر أصالة الخ) قال الزيلعى : وجه الاستحسان أن المولى خاطب الحاضر قصدا وجعل الغائب تبعا له والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالأمة إذا كوتبت دخل فى كتابتها ولدها المولود فى الكتابة والمشترى فيها والمضموم إليها فى العقد تبعا لها حتى يعتقوا بأدائها وليس عليهم شىء من البدل ، ولأن هذا تعليق العتق بأداء الحاضر والمولى ينفرد به فى حق الغائب فيجوز من غير توقف ولا قبول من الغائب اهـ .

قلت : وفى التعليل الثانى نظر لأنه يحصل العتق بأداء الغائب ، وكذا بإبراء الحاضر كما يأتى تأمل (قوله بلا رجوع) أى من كل على صاحبه لأن الحاضر قضى دينا عليه والغائب متبرع به غير مضطر إليه هداية (قوله من أحدهما) أما الحاضر فلأن البدل عليه ، وأما الغائب فلأنه ينال به شرف الحرية وإن لم يكن البدل عليه ، وصار كمعير الرهن إذا أدى الدين هداية (قوله لا يعتبر) أى فى كونه مطالبا ، قال فى الدرر : فلا يؤخذ بشىء لنفاذ العقد على الحاضر اهـ أى بلا توقف ولا قبول من الغائب كما مر .

قلت : وبه ظهر الفرق بين هذه وبين المسألة السابقة حيث قدم أنه إذا بلغ العبد فقبل صار مكاتبا ، يعنى نفذت الكتابة فى حق لزوم البدل عليه كما قدمناه فتدبر ، وقد توقف فيه الوانى وأقره نوح أفندى كما ذكره أبو السعود (قوله ولو حرره) أى أعتق الغائب (قوله سقط عن الحاضر حصته) أى من البدل ، لأن الغائب

ولو حرر الحاضر أو مات أدى الغائب حصته حالا وإلا رد قنا ، ولو أبرأ الحاضر أو وهبه له عتقا جميعا .

(وإن كاتب الأمة على نفسها وعن ابنين صغيرين لها) وقبلت (صح) استحسانا ، لما مر (وأى أدى) ممن ذكر (لم يرجع) على الآخر لأنه متبرع ، ويجبر المولى على القبول إلى آخر ما مر .

[فرع] كاتب نصف عبده فأدى الكتابة عتق نصفه وسعى فى بقية قيمته . وقالا : العبد كله مكاتب على ذلك المال ، وبه نأخذ حاوى القدسى .

باب كتابة العبد المشترك

(عبد الشريكين أذن أحدهما لصاحبه) فى (أن يكاتب

دخل فى العقد مقصودا فكان البدل منقسما وإن لم يكن مطالبا به ، بخلاف الولد المولود فى الكتابة حيث لا يسقط عن الأم شىء من البدل بعتقه ، لأنه لم يدخل مقصودا ولم يكن يوم العقد موجودا وإنما دخل بعد ذلك تبعا لها زيلعى (قوله أدى الغائب حصته حالا وإلا ردّ قنا) لأنه دخل مقصودا بخلاف المولود فى الكتابة حيث يبقى على نجوم والده إذا مات كذا فى الدرر .

فإن قلت : هذا ينافى ما تقدم من أنه داخل فى العقد تبعا . قلت : هو أصيل باعتبار إضافة العقد إليه تبع باعتبار عدم مشافهته به ، بخلاف المولود فى الكتابة فإنه تبع من كل وجه لعدم وجوده وقت العقد ، كذا يؤخذ من العناية ح .

قلت : ويؤخذ مما قدمناه عن الزيلعى أيضا (قوله ولو أبرأ الحاضر أو وهبه له عتقا) أى وهبه البدل وقيد بالحاضر لأنه لو أبرأ الغائب أو وهبه لا يصح لعدم وجوبه عليه كما فى التبيين (قوله وإن كاتب الأمة الخ) والحكم فى العبد كذلك ، وكذا فى الكبيرين . وفائدة التقييد بالأمة والصغيرين مبسوطة فى المعراج (قوله صح استحسانا) وذهب بعض المشايخ إلى أنه هنا قياس واستحسان لأن الولد تابع لها ، بخلاف الأجنبى فإنه استحسان لا قياس . قال فى العناية : وأرى أنه الحق شرنبلالية (قوله لما مر) أى من التبعية فهى أصل وأولادها تبع بل هى أولى من الأجنبى كما فى الهداية ، وليس بطريق الولاية إذ لا ولاية للحرة على ولدها فكيف الأمة إتقانى (قوله ممن ذكر) أى من الأم أو الابنين إذا كبرا إتقانى (قوله إلى آخر ما مر) قال الزيلعى : وقبول الأولاد الكتابة وردهم لا يعتبر ولو أعتق المولى الأم بقى عليهم من بدل الكتابة بحصتهم يؤدونها فى الحال ، بخلاف الولد المولود فى الكتابة والمشترى حيث يعتق بعتقها ويطالب المولى الأم بالبدل دونهم ، ولو أعتقهم سقط عنها حصتهم وعليها الباقى على نجومها ، ولو اكتسبوا شيئا ليس للمولى أن يأخذه ولا له أن يبيعهم ، ولو أبرأهم عن الدين أو وهبهم لا يصح ولها يصح فتعتق ويعتقون معها لما ذكرنا فى كتابة الحاضر مع الغائب (قوله فرع) تقدم أول الكتاب مع زيادة فى كل من الموضعين على الآخر ح (قوله وسعى فى بقية قيمته) وما اكتسب قبل الأداء نصفه له ونصفه للمولى ، لأن نصفه مكاتب ونصفه رقيق عند أبى حنيفة لتجزى الكتابة عنده بدائع .

وفى الهندية : فإن اشترى المولى منه جاز فى النصف ، وإن اشترى هو من المولى جاز فى الكل استحسانا ، كما لو اشترى من غيره .

مطلب القياس مقدم هنا

وفى القياس لا يجوز إلا فى النصف ، وبالقياس أخذ كذا فى المبسوط اهـ .

باب كتابة العبد المشترك

أخره لأن الأصل عدم الاشتراك إتقانى . وقال غيره لأن الاثنين بعد الواحد (قوله لصاحبه) أى شريكه الآخر

حظه بألف ويقبض بدل الكتابة فكاتب الشريك المأذون له نفذ فى حظه فقط) عند الإمام لتجزى الكتابة عنده وليس لشريكه ، فسخه لإذنه (وإذا أقبض بعضه) بعض الألف (فعجز فالمقبوض) كله (للقابض) لأنه له بالقبض فيكون متبرعا ، ولو قبض الألف عتق حظ القابض ؛

(أمة بين شريكين كاتباها فوطئها أحدهما فولدت فادعاه) الواطئ (ثم وطئها) الشريك (الآخر فولدت فادعاه) الواطئ الثانى صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا خلافا لهما (فإن عجزت) بعد ذلك جعلت الكتابة كأن لم تكن ، وحينئذ (فهى) فى الحقيقة (أم ولد للأول) لزوال المانع من الانتقال ووطؤه سابق (وضمن) الأول (لشريكه نصف قيمتها

(قوله حظه) أى حظ المأذون كفاية (قوله ويقبض) قال الزيلعى : فائدة الإذن بالكتابة أن لا يكون له حق الفسخ كما إذا لم يأذن . وفائدة إذنه بالقبض أن ينقطع حقه فيما قبض اهـ وسيشير الشارح إلى ذلك (قوله عند الإمام) وعندهما غير متجزئة ، فالإذن بكتابة نصيبه إذن بكتابة الكل ، فهو أصيل فى البعض وكيل فى البعض والمقبوض مشترك بينهما ، ويبقى كذلك بعد العجز كما فى الهداية (قوله لإذنه) أما إذا كاتبه بغير إذن شريكه صار نصيبه مكاتبا ، وعندهما كله لما مر ، وللساكت الفسخ اتفاقا قبل الأداء دفعا للضرر عنه ، بخلاف ما لو باع حظه إذ لا ضرر ، وبخلاف العتق وتعليقه بشرط إذ لا يقبل الفسخ ، ولو أدى البدل عتق نصيبه خاصة عنده لما مر ، وللساكت أن يأخذ من الذى كاتبه نصف ما أخذ من البدل ، وتمامه فى التبيين (قوله بعض الألف) بدل من قوله بعضه (قوله لإذنه له بالقبض) قال الزيلعى : لأن إذنه بالقبض إذن للعبد بالأداء إليه منه فيكون متبرعا بنصيبه على المكاتب فيصير المكاتب أخص به ، فإذا قضى به دينه اختص به القابض وسلم له كله اهـ (قوله فيكون متبرعا) أى على العبد المكاتب كما سمعته من عبارة الزيلعى ؛ وفى الإصلاح والدرر على القابض . وادعى فى العزمية أنه غير صواب ؛

قلت : ولا منافاة لما فى الكفاية حيث قال : فيصير الآذن متبرعا بنصيب نفسه من الكسب على العبد ثم على الشريك ، فإذا تم تبرعه بقبض الشريك لم يرجع الخ (قوله عتق حظ القابض) ولا يضمن لشريكه لأنه برضاه ، ولكن يسعى العبد فى نصيب الساكت عزمية عن الكافى (قوله خلافا لهما) حيث لا تصح دعوة الأخير عندهما ؛

واعلم أنهم ذكروا فى جميع الكتب خلافهما بعد تمام المسألة : أى بعد قوله وهو ابنه والشارح قدمه ، فيوهم أن لا اختلاف إلا فى ثبوت النسب من الثانى وليس كذلك ؛ قال العينى وغيره : وهذا كله عند أبى حنيفة . وعندهما هى أم ولد الأول ، وهى مكاتبة كلها ، وعليه نصف قيمتها لشريكه عند أبى يوسف . وعند محمد الأقل من نصف قيمتها ومن نصف مابقى من بدل الكتابة ، ولا يثبت نسب الولد الأخير من الآخر ، ولا يكون الولد بالقيمة ويغرم العقر لها ، وهذا الخلاف مبنى على الاختلاف فى تجزى استيلاد المكاتبة فعنده يتجزى لا عندهما ، واستيلاد القنة لا يتجزى بالإجماع ، واستيلاد المدبرة يتجزى بالإجماع (قوله بعد ذلك) أى بعد الوطأين والدعوتين (قوله لزوال المانع) وهو الكتابة من الانتقال : أى من انتقال الاستيلاد تماما إليه مع قيام المقتضى فيعمل المقتضى عمله من وقت وجوده كالبيع بشرط الخيار للبائع إذا أسقط الخيار يثبت الملك به من وقت وجوده زيلعى (قوله ووطؤه سابق) جواب عما عساه يقال إن كلا له ملك فيها وقد وطئ كل وادعى فما المرجح لاختصاص الأول بكونها أم ولد له ؟ ط (قوله وضمن لشريكه نصف قيمتها) يعنى حال كونها مكاتبة لأنه تملك نصيبه لما استكمل

ونصف عقرها وضمن شريكه عقرها) كاملا لوطئه أم ولد الغير حقيقة (وقيمة الولد) أيضا (وهو ابنه) لأنه بمنزلة المغرور (وأيّ) من الشريكين (دفع العقر إلى المكاتبة صح) أى قبل العجز لاختصاصها بمنافعها فإذا عجزت ترده للمولى (وإن دبر الثانى ولم يطأها) والمسألة بحالها (فعجزت بطل التدبير وضمن الأول لشريكه نصف قيمتها ونصف عقرها والولد للأول) وهى أم ولده (وإن كاتباها فحررها أحدهما موسرا فعجزت ضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ورجع الضامن به عليها) لما تقرر أن الساكت إذا ضمن المعتق يرجع عنده لاعندهما اه :

[فرع] عبد لرجلين دبره أحدهما ثم حرره الآخر غنيا أو عكسا أعتق المدبر إن شاء أو استسعى فى الصورتين أو ضمن شريكه فى الأولى فقط ، والله أعلم :

الاستيلاد درر : وفى الشرنبلالية عن الفتح : وقيمة المكاتب نصف قيمته قنا لأنه حر يدا وبقيت الرقبة (قوله ونصف عقرها) لوطئه أمة مشتركة فوجب العقر كله عليه ، ثم لما عجزت سقط عنه نصيبه وبقى نصيب صاحبه إتقانى (قوله لوطئه أم ولد الغير حقيقة) بناء على مامر من أنها لما عجزت استكمل الاستيلاد للأول لزوال المانع (قوله لأنه بمنزلة المغرور) لأنه وطئها على ظن أنها على حكم ملكه وظهر بالعجز وبطلان الكتابة أنه لاملك له فيها وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة زيلعى : وادعى بعض الشراح أن ضمان الثانى القيمة قولهما ، لأن ولد أم الولد كأمه فى عدم التقوم عند أبى حنيفة : قال الحموى : وهو ممنوع ، فقد أطبق الشراح على أنه قول أبى حنيفة ، غاية مافيه أنه يشكل على قوله وقد أجيب عنه بأن عنه روايتين فى تقومها اه : والأحسن ماأجاب به فى المبسوط كما نقله بعضهم ، من أن عدم تقوّم ولد أم الولد عنده بعد ثبوت أمية الولد ولم تثبت فى الولد لأنه حر الأصل فلهذا كان مضمونا بالقيمة (قوله ترده للمولى) أى تردّ العقر لأنه ظهر اختصاصه بها زيلعى (قوله والمسألة بحالها) أى وقد كاتباها ووطىء الأول فولدت فادعاه (قوله بطل التدبير)لأنه لم يصادف الملك : أما عندهما فظاهر لأن المستولد تملكها قبل العجز : وأما عنده فلأنه بالعجز تبين أنه تملك نصيبه من وقت الوطء فتبين أنه مصادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك ، بخلاف النسب لأنه يعتمد الغرور على مامر هداية (قوله نصف قيمتها) لأنه تملك نصفها بالاستيلاد على مابينا ، وقوله نصف عقرها : أى لوطئه جارية مشتركة زيلعى (قوله والولد للأول) لأن دعواه قد صحت على مامر وهذا كله بالإجماع زيلعى : واعترض قوله والولد للأول بأنه يوهم كون الثانى وطىء وادعى والمفروض خلافه ، فلو أبدله بقوله وتم الاستيلاد الأول لكان أولى (قوله فعجزت) قيد به لأنه يظهر به أثر الإعتاق ويصير تعديا فيغرم ، أما قبله فلا يضمن شيئا عند أبى حنيفة لأنها مكاتبة فى نصيب شريكه كما كانت لتجزى الإعتاق عنده فلم يتلف نصيب صاحبه ، لأن معتق النصف يسعى بمنزلة المكاتب وهنا ذلك النصف مكاتب قبل الإعتاق فلم يظهر الإعتاق فيه . وعلى قولهما يغرم فى الحال لعدم تجزى الإعتاق ، وتمامه فى غاية البيان (قوله فرع) هو من مسائل المتون (قوله أو ضمن شريكه فى الأولى فقط) أى ضمنه قيمته مدبرا وهى ثلثا قيمته قنا لأنه أتلفه وهو مدبر ، بخلاف ماإذا تأخر التدبير حيث لايضمنه لأنه بمباشرة التدبير يصير مبرئا للمعتق عن الضمان لمعنى ، وهو أن نصيبه كان قنا عند إعتاق المعتق فكان تضمينه إياه متعلقا بشرط تملك العين بالضمان وقد فوت ذلك التدبير كذا فى العناية ح ، والله تعالى أعلم :

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

(مكاتب عجز عن أداء) نجم (إن كان له مال سيصل إليه لم يعجزه الحاكم إلى ثلاثة أيام) لأنها مدة ضربت لإبلاء الأعذار (وإلا عجزه) الحاكم فى الحال (وفسخها بطلب مولاه أو فسخ مولاه برضاه ، ولو) كانت الكتابة (فاسدة) فالمولى (له الفسخ بغير رضاه ويملك المكاتب فسخها مطلقا فى الجائزة والفاسدة) وإن لم يرض المولى (وعاد رقه) بفسخها (وما فى يده لمولاه ، و) المكاتب (إذا مات وله مال) يفى بالبدل (لم تفسخ وتؤدى كتابته من ماله وحكم بعتقه فى آخر) جزء من أجزاء (حياته ، كما يحكم بعتق أولاده) المولودين فى كتابته لا قبلها (والباقى من ماله ميراث لورثته ، ولو) لم يترك مالا و (ترك ولدا) ولد (فى كتابته ولا وفاء بقيت كتابته

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

تأخيره ظاهر التناسب إذ الموت والعجز بعد العقد (قوله عن أداء نجم) النجم : هو الطالع ، ثم سمى به الوقت المضروب ، ثم سمى به مايؤدى فيه من الوظيفة ، واشتقوا منه قولهم : نجم الدية : أى أداءها نجوما صحاح ومغرب ملخصا ، فاستعماله بمعنى مايؤدى مجاز بمرتبتين (قوله سيصل إليه) كدين يقتضيه أو مال يقدم هداية (قوله الحاكم) شمل المحكم لأن حكمه يصح فيما سوى الحدود والقصاص إذا كان له أهلية القضاء إتقانى (قوله لإبلاء الأعذار) أى لاختبار أصحابها ، قال فى الهداية : كإمهال الخصم للدفع والمديون للقضاء (قوله وإلا عجزه الخ) أى إن لم يرج له مال وهذا عندهما ، وهو الصحيح قهستانى عن المضمرات . وقال أبو يوسف : لايعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول على رضى الله عنه : إذا توالى عليه نجمان رد فى الرق وحملاه على الندب : أى يندب أن لايرده قبلهما لتعارض الآثار (قوله وفسخها) أى وجوبا ، وذكر الفسخ بعد التعجيز لأن التعجيز غير كاف ط عن الحموى (قوله فالمولى له الفسخ) بل يجب عليه رفعا للاثم بالرجوع عن سببه ط (قوله وعاد رقه) أى حكم رقه ، والأولى قول الهداية والكنز أحكام الرق لأن رقه لم يزل أفاده القهستانى (قوله وما فى يده لمولاه) ولو صدقة وهو غنى فى الصحيح كما سيأتى (قوله وله مال لم تفسخ) لأنه عقد معاوضة ، وفيه إشعار بأنه إذا لم يترك وفاء تنفسخ ، حتى لو تبرع أحد بالبدل لايقبل منه وهذا قول أبى بكر الإسكاف . وذهب الفقيه أبو الليث إلى أنه لاينفسخ بدون الحاكم كما فى الصغرى قهستانى (قوله وتؤدى كتابته من ماله) فلو عليه ديون للمولى ولأجنبى ففى البدائع يبدأ بدين الأجنبى ثم ينظر ، فإن كان فى التركة وفاء بدين المولى وبالكتابة بدئ بدين المولى وإلا فبالكتابة ، ويستوفى المولى الدين إذا ظهر له مال . أما لو بدئ به صار عاجزا ، ولا يجب للمولى على عبده القن دين (قوله كما يحكم بعتق أولاده الخ) هذا يقتضى أنه لايحكم بعتق أصوله وفروعه الذين اشتراهم فى كتابته مع أنه يحكم بعتقهم ، فالصواب أن يقال كما يحكم بعتق من دخل فى كتابته ح . وفى الغرر : وحكم بعتق بنيه ، سواء ولدوا فى كتابته أو شراهم حال كتابته أوكوتب هو وابنه صغيرا أو كبيرا بمرة أى بكتابة واحدة ، فإن كلا منهم يتبعه فى الكتابة وبعتقه عتقوا اهـ ط (قوله المولودين فى كتابته) أى من أمته بالتسرى وإن حرم لعدم منافاتها ثبوت النسب كما قدمناه عن الشرنبلالية ، وسنذكر صورتين عن البدائع غير هذه (قوله لورثته) أى لأولاده الأحرار ، بأن ولدوا من امرأة حرة ، وكذا المولودون فى الكتابة والذين اشتراهم فيها ووالداه يعتقهم بعتقه ، وكذا ولده المكاتب معه بمرة لا المكاتب على حدة لأنه يموت حرا وولده مكاتب والمكاتب لايرث بدائع ، فإن لم يكن له وارث من القرابة فلسيده بالولاء (قوله ولو لم يترك مالا) لاحاجة إلى هذا التقدير مع قول المتن ولا وفاء له ح (قوله ولد فى كتابته) بأن تزوج أمة بإذن مولاه فولدت منه ثم اشتراها المكاتب وولدها أو المكاتبة ولدت من

وسعى) الابن فى كتابة أبيه (على نجومه) المقسطة (فإذا أدى حكم بعتق أبيه قبل موته وبعتقه تبعا ولو ترك ولدا اشتراه) فى كتابته (أدى البدل حالا أورد إلى حاله رقيقا) وسويا بينهما وأما الأبوان فيردان للرق كما مات وقالا : إن أديا حالا عتقا وإلا لا :

(اشترى) المكاتب (ابنه فمات عن وفاء ورثه ابنه) لموته حرا عن ابن حر كما مر (وكذا) يرثه (لو كان

خير مولاها بدائع (قوله وسعى) ظاهره أنه لابد أن يكون قادرا على السعى وليس كذلك :

قال فى الكافى : لو كانت أمته على أنه بالخيار ثلاثة أيام فولدت فى مدة الخيار وماتت وبقى الولد يبقى خياره وعقد الكتابة عند الإمام والثانى ، وله أن يجيزه : وإذا أجاز يسعى الولد على نجوم الأم ، وإن أدى عتقت الأم فى آخر جزء من أجزاء حياتها وهذا استحسان : وعند الثالث تبطل الكتابة ، ولا تصح إجازة المولى وهو القياس(١) اه طورى وظاهره أنه ينتظر قدرته على السعى ، وتوقف فيه الشرنبلالى ، ونقل عنه أنه أجاب فى هامش حاشيته بأن القاضى ينصب له شخصا وصيا فيجمع له مالا وتنفك رقبته ، ومثل الصغير المقعد والزمن والمجنون اه والله تعالى أعلم (قوله على نجومه) فلا يرد إلى الرق إلا إذا أخل بنجم أو نجمين على الاختلاف بدائع (قوله حكم بعتق أبيه قبل موته وبعتقه) كذا جعل العتق مستندا صاحب الهداية والكنز وغيرهما . قال فى الشرنبلالية : ويخالفه مافى الظهيرية من أنه لايستند بل يقتصر على وقت الأداء (قوله أدى البدل حالا أورد الخ) هذا قول الإمام ، لأن الأجل يثبت بالشرط فى العقد فيثبت فى حق من دخل تحت الكتابة والمشترى لم يدخل لأنه لم يضف إليه العقد ولم يسر حكمه إليه لكونه منفصلا وقت الكتابة :

وأورد عليه أنه قد مر فى فصل تصرفات المكاتب أنه إذا اشترى أباه أو ابنه دخل فى كتابته : وأيضا لو لم يسر حكمه إليه لما عتق عنده بأداء البدل حالا : وأجيب بأن المراد بدخول المشترى ليس لسراية حكم العقد الجارى بين المكاتب والمولى إليه ، بل يجعل المكاتب مكاتبا لولده باشترائه إياه تحقيقا للصلة ، وبأن عتق الولد المشترى عنده بالأداء حالا ليس لأجل السراية أيضا بل بصيرورة المكاتب كأنه مات عن وفاء كما أفصح عنه فى الكافى طورى ملخصا (قوله وسويا بينهما) فيسعى على نجوم أبيه عندهما ، وكذا كل ذى رحم محرم منه اشتراهم إتقانى (قوله فيردان للرق) هذا على رواية الأصل : وفى إملاء رواية أبى سليمان جعله كالولد المشترى فى الكتابة ، فعن أبى حنيفة روايتان كما فى التتارخانية ، ونقل فى غاية البيان الثانية عن شرح الكافى للبزدوى ، وعليها اقتصر فى البدائع ، ثم هذا إذا لم يكن للمكاتب أحد من أولاده : قال فى الجوهرة : فإن ترك مع المولود فى الكتابة أبويه وولدا آخر مشترى فى الكتابة فهم موقوفون على أداء بدل الكتابة من المولود فى الكتابة ، وليس للمولى بيعهم ولا أن يستسعيهم ، فإذا أدى المولود فيها بدلها عتق وعتقوا جميعا ، وإن عجز ورد فى الرق رد هؤلاء معه إلا أن يقولوا نحن نؤدى المال الساعة فيقبل ذلك منهم قبل قضاء القاضى بعجز المولود فى الكتابة (قوله كما مات) أى بمجرد موته ، ولا يقبل منهما بدل حال ولا مؤجل عند الإمام ح (قوله وقالا إن أديا حالا عتقا وإلا لا) المصرح به فى شرح المجمع والشرنبلالية أن الأصول كالفروع عندهما فى السعى على النجوم ، فلينظر من أين أخذ الشارح هذا الكلام ح :

أقول : الذى أوقعه فى ذلك الشرنبلالى ، فإنه ذكر فى فصل تصرفات المكاتب أن الوالدين يردان للرق كما

---

(١) (قوله وهو القياس) أى لأن شرط بقاء العقد الموقوف بقاء العاقدين ، فلو مات أحدهما بطل العقد فكان مقتضى القياس هنا كذلك لموت أحد العاقدين وهو الأم اه .

هو) أي المكاتب (وابنه) الكبير (مكاتبين كتابة واحدة) لصيرورتهما كشخص واحد ضرورة اتحاد العقد (فإن ترك) المكاتب (ولدا من حرة) أى معتقة (وترك دينا يفى ببدلها فجنى الولد فقضى به) بما جنى (على عاقلة أمه) ضرورة أن الأب لم يعتق بعد (لم يكن ذلك) القضاء (تعجيزا لأبيه) لعدم المنافاة ولا رجوع ،

مات وعزاه للتبيين والعناية . ثم قال : ويخالفه ما فى البدائع : إذا مات المكاتب من غير مال يقال للولد المشترى وللوالدين إما أن تؤدوا الكتابة حالا وإلا رددناكم فى الرق ، بخلاف الولد المولود فى الكتابة اه ، لكن تنتفى المخالفة بحمل ما فى البدائع على قول الصاحبين : ويحمل غيره على قول الإمام كما صرح به فى مختصر الظهيرية ، وسنذكره اه كلام الشرنبلالى ، ثم نقل فى هذا الباب عن مختصر الظهيرية أن الولدين ليسا كالولد فيباعان كسائر أكسابه ، وهذا عند أبى حنيفة . وعندهما إذا ترك ولدا مشترى أو أبا أو أما يسعى على نجوم المكاتب كالمولود في الكتابة اه . فحمله ما فى البدائع من أن الوالدين كالمشترى فى الكتابة على قول الصاحبين هو عين ماقاله الشارح وهو غير صحيح ، بل ما فى البدائع هو رواية الإملاء عن أبى حنيفة كما قدمناه عن التاترخانية ، وما استند إليه فى الحمل المذكور من كلام مختصر الظهيرية لايفيده بوجه من الوجوه ، فإنه مصرح بأن الأبوين عندهما كالمولود فى الكتابة لا كالمشترى .

والحاصل أن الوالدين والولد المشترى فى الكتابة وكذا كل ذى رحم محرم اشترى فيها يسعون على نجوم المكاتب عند الصاحبين كالمولود فيها بلا فرق بين الجميع . وأما عند الإمام فلكل حكم يخصه بينه المصنف والشارح سوى المحارم لعدم دخولهم عنده فى كتابته كما مر فى محله ، وهذا على رواية الأصل . وعلى رواية الإملاء الوالدان كالولد المشترى عنده ، وهى ما مشى عليه فى البدائع ، فاغتنم هذا التحرير بعون الملك القدير (قوله وابنه الكبير) التقييد بالكبير خطأ مخالف لصريح الغرر حيث قال ؛ أو كوتب هو وابنه صغيرا أو كبيرا بمرة ح .

أقول : وعلله ابن الكمال بقوله : فإن الصغير يتبعه وهو مع الكبير جعلا كشخص واحد اه فلما كان الصغير تابعا له قيد بالكبير لتظهر الفائدة تأمل (قوله كتابة واحدة) فلو كل على حدة فلا يرث لأنه يموت والولد مكاتب كما قدمناه عن البدائع (قوله أى معتقة) فسر الحرة بذلك ، أخذا من قوله : ولو قضى به : أى بالولاء لقوم أمه فإن حرة الأصل لا ولاء لأحد على ولدها كما سيذكره الشارح قبيل فصل ولاء الموالاة (قوله ضرورة أن الأب الخ) علة للقضاء على عاقلة الأم ح (قوله لم يعتق بعد) لأنه وإن ترك مالا وهو الدين لا يحكم بعتقه إلا عند الأداء (قوله لعدم المنافاة) أى لعدم منافاة القضاء على عاقلة الأم للكتابة ، بل قال فى الهداية : إن هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لأن من قضيتها إلحاق الولد بموالى الأم وإيجاب العقل عليهم ، لكن على وجه يحتمل أن يعتق فينجر الولاء إلى موالى الأب والقضاء بما يقرر حكمه لايكون تعجيزا (قوله ولارجوع) فيه طى والتقدير كما فى غاية البيان : فإن خرج الدين وأديت الكتابة رجع ولاء الولد إلى موالى الأب ولا رجوع لموالى الأم بما عقلوا عنه بعد وفاته اه لكن يخالفه قول الطورى : وكانوا مضطرين فيما عقلوا فلهم الرجوع على موالى الأب اه . نعم ذكر فى النهاية والمعراج تفصيلا يدفع المخالفة ، وهو أنهم لا يرجعون بما عقلوا من جناية الولد فى حياة المكاتب على موالى الأب ، لأنه إنما حكم بعتقه فى آخر جزء من أجزاء حياته فلا يستند عتقه إلى أول عقد الكتابة ، أما لو عقلوا عن جنايته بعد موت الأب قبل أداء البدل رجعوا لأن عتق الأب استند إلى حال حياته فتبين أن ولاءه كان لموالى الأب من ذلك الوقت وموالي الأم كانوا مجبورين على الأداء اه ومثله فى حاشية

قيد بالدين لأن فى العين لا يتأتى القضاء بالإلحاق بالأم لإمكان الوفاء فى الحال ؛

(ولو قضى به) بالولاء (لقوم أمه بعد خصومتهم مع قوم الأب فى ولائه فهو) أى القضاء بما ذكر (تعجيز) لأنه فى فصل مجتهد فيه (وطاب لسيده وإن لم يكن مصرفا) للصدقة (ما أدى إليه من الصدقات فعجز) لتبدل الملك ، وأصله حديث بريرة « هى لك صدقة ولنا هدية » (كما فى وارث) شخص (فقير مات عن صدقة أخذها وارثه الغنى ، و) كما فى (ابن سبيل أخذها ثم وصل إلى ماله وهى فى يده) أى الزكاة ، وكفقير استغنى وهى فى يده فإنها تطيب له ، بخلاف فقير أباح لغنى أو هاشمى عين زكاة أخذها لا يحل لأن الملك لم يتبدل ؛

أبى السعود عن تكملة فتح القدير للعلامة الديرى ، وبه ظهر أن قول الشارح ولا رجوع فى غير محله لأن فرض المسألة فى كلام المصنف كالكنز فيما إذا جنى الولد بعد موت المكاتب ولهذا اقتصر الطورى على قوله فلهم الرجوع (قوله قيد بالدين الخ) قال الزيلعى : هذا كله فيما إذا مات المكاتب عن وفاء فأديت الكتابة أو عن ولد فأداها ، فأما إذا مات لا عن وفاء ولا عن ولد فاختلفوا فى بقاء الكتابة ؛ قال الإسكاف : تنفسخ ، حتى لو تطوّع إنسان بأداء البدل لايقبل منه ؛ وقال أبو الليث : لا تنفسخ ما لم يقض بعجزه اه ، ومقتضاه أن الدين ليس بقيد وأن أداء الولد : أى المولود فى الكتابة أو المشترى فيها كخروج الدين (قوله لأن فى العين) يعنى الموفى بالبدل لتعليله بإمكان الوفاء فى الحال شرنبلالية ؛ قال ط والمراد بالعين مايعم النقود الموجودة فى التركة اه (قوله لإمكان الوفاء فى الحال) إن قلت : إنه قد يمكن الوفاء من الدين فى الحال بأن يكون المديون حاضرا ساعة موت المكاتب فيطالب بما عليه فيدفع حالا قلت : المراد الإمكان القريب وهذا إمكان بعيد ط (قوله ولو قضى به الخ) يعنى اختصموا بعد موت الولد فى إرثه بالولاء قبل أداء البدل فقضى القاضى بالولاء لقوم الأم يكون قضاء بعجز المكاتب وموته عبدا ، لأن من ضرورة كون الولاء لقوم الأم موت المكاتب عبدا لأنه لو مات حرا لانجر الولاء من قوم الأم كفاية (قوله لأنه فى فصل مجتهد فيه) علة لما تضمنه قوله فهو تعجيز من نفاذ القضاء ؛ قال فى الهداية فهو قضاء بالعجز لأن هذا اختلاف فى الولاء مقصودا وذلك يبتنى على بقاء الكتابة وانتقاضها ، فإنها إذا فسخت مات عبدا واستقر الولاء على موالى الأم ، وإذا بقيت واتصل بها الأداء مات حرا وانتقل الولاء إلى موالى الأب وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ مايلاقيه اه ؛

وحاصله أن ثبوت التعجيز للقضاء بالولاء لموالى الأم فالتعجيز ثابت ضمنا ، وإنما نفذ هذا القضاء لأن المكاتب عند بعض الصحابة يموت عبدا وإن ترك وفاء ، فكان قضاء فى فصل مجتهد فيه وهو نافذ إجماعا فتجب رعايته وإن لزم منه بطلان الكتابة لأنها مختلف فيها فصيانته أولى (قوله ماأدى) أى المكاتب إليه : أى إلى المولى (قوله فعجز) وكذا لو عجز قبل الأداء إلى المولى ، وهذا عند محمد ظاهر لأنه بالعجز يتبدل الملك ، وكذا عند أبى يوسف وإن كان بالعجز تقرر ملك المولى عنده ؛ لأنه لاخبث فى نفس الصدقة وإنما الخبث فى فعل الأخذ لكونه إذلالا به ، ولا يجوز ذلك للغنى من غير حاجة ولا للهاشمى لزيادة حرمته والأخذ لم يوجد من المولى هداية (قوله لتبدل الملك) فإن العبد يتملكه صدقة والمولى عوضا عن العتق (قوله وأصله حديث بريرة) يوهم أنها أهدت إليه صلى الله عليه وسلم بعد ماعجزت مع أنها أهدت إليه وهى مكاتبة كما فى العناية ح (قوله هى لك) الذى فى الهداية وشروحها لها بضمير الغائبة (قوله فإنها تطيب له) لما مر أن الخبث فى فعل الأخذ (قوله لأن الملك لم يتبدل) لأن المباح له يتناوله على ملك المبيح ؛ ونظيره المشترى شراء فاسدا إذا أباح لغيره لايطيب له ،

(فإن جنى عبد وكاتبه سيده جاهلا بجنايته أو) جنى (مكاتب فلم يقض به) بما جنى (فعجز) فإن شاء المولى (دفع) العبد (أو فدى) لزوال المانع بالعجز (وإن قضى به عليه) حال كونه (مكاتبا فعجز بيع فيه) لانتقال الحق من رقبته إلى قيمته بالقضاء ، قيد بالعجز لأن جنايات المكاتب عليه فى كسبه ويلزمه الأقل من قيمته ومن الأرش ، وإن تكررت قبل القضاء فعليه قيمة واحدة ولو بعده فقيم ولو أقر بجناية خطأ لزمته فى كسبه بعد الحكم بها ولو لم يحكم عليه حتى عجز بطلت (وإن مات السيد لم تنفسخ الكتابة كالتدبير وأمومية الولد) وكأجل الدين إذا مات الطالب (ويؤدى المال إلى ورثته على نجومه) كأجل الدين بخلاف المطلوب لخراب ذمته هذا إذا

ولو ملكه يطيب هداية (قوله جاهلا بجنايته) إذ لو كان عالما بها عند الكتابة يصير مختارا للفداء كما فى الهداية (قوله بما جنى) أى بموجبه معراج (قوله فعجز) أى فى الصورتين (قوله دفع العبد) أى لولى الجناية (قوله لزوال المانع) أى من الدفع وهو الكتابة ، فصار قنا قبل انتقال الحق عن الرقبة فعاد الحكم الأصلى ، وهو إما الدفع أو الفداء (قوله بيع فيه لإنتقال الحق من رقبته إلى قيمته) يشير إلى أن الواجب هو القيمة لا الأقل منها ومن الأرش ، وهو مخالف لما ذكرنا من رواية الكرخى والمبسوط ، وعلى هذا يكون تأويل كلامه إذا كانت القيمة أقل من أرش الجناية كذا فى العناية ح (قوله ويلزمه الأقل الخ) فلو الأرش أقل وجب لأن المجنى عليه لا يستحق أكثر منه ، ولو القيمة أقل وجبت لأن حكم الجناية تعلق برقبته (قوله قبل القضاء) أى بموجب الجناية الأولى (قوله فعليه قيمة واحدة) يعنى إذا كانت أقل من الأرش وإلا فالواجب الأقل منها ومن الأرش كما صرح به فى شرح المجمع والشرنبلالية .

بقى هنا ثلاثة أمور : الأول أن المراد بالأرش فى هذه المسألة جملة أروش الجنايات التى جناها فيصير المعنى يجب الأقل من قيمة واحدة ومن جملة الأرش . الثانى أن ذلك الأقل يقسم بين أرباب الجنايات بالحصص . الثالث أن ما بقى من الأروش يطالب به بعد العتق ، وكل من هذه الثلاثة يحتاج إلى التنقير عليه فى كتب المذهب ح .

أقول : عبارة شرح درر البحار تفيد الأولين حيث قال فيؤمر بالسعاية للأولياء فى أقل من قيمته وأرش الجنايات لتعذر دفع نفسه للكتابة (قوله ولو بعده فقيم) حتى لو جنى جنايتين مثلا وجب عليه الأقل من قيمته ومن أرش الأولى ، ويجب عليه الأقل من قيمته ومن أرش الثانية ح (قوله بطلت) أى فى الحال فى حق المولى قال فى شرح درر البحار : لو عجز بعد إقراره بقتل خطأ قبل القضاء بقيمته يطالب بعد عتقه اتفاقا اه وأما ما فى الشرنبلالية عن شرح المجمع من أنه لو أقر به فقضى عليه ، ثم عجز يطالب به بعد العتق عنده وقالا مطلقا أى فى الحال وبعده اه فليس مما نحن فيه لأن كلام الشارح فى العجز قبل الحكم فافهم (قوله ويؤدى المال إلى ورثته) لأنهم قاموا مقامه قال فى الجوهرة : ولو دفع إلى وصى الميت عتق ، سواء كان على الميت دين أو لا لأن الوصى قائم مقام الميت ، فصار كما لو دفعه إليه وإن دفعه إلى الوارث إن كان على الميت دين لم يعتق ، لأنه دفعه إلى من لا يستحق القبض منه ، فصار كالدفع إلى أجنبى ، وإن لم يكن عليه دين لم يعتق أيضا حتى يؤدى إلى كل واحد من الورثة حصته ويدفع إلى الوصى حصة الصغار ، لأنه إذا لم يدفع على هذا الوجه لم يدفع إلى المستحق اه .

وظاهر إطلاقه أنه إذا لم يدفع للوصى ، ودفع للوارث وكان عليه دين لا يعتق وإن لم يكن الدين مستغرقا وبه صرح الزيلعى قال أبو السعود : وفيه نظر فنى غاية البيان إذا كان الدين محيطا بماله يمنع انتقاله إلى الوارث فيفيد أن غير المحيط لا يمنع فحينئذ يعتق بقبض الوارث فتدبر اه (قوله لخراب ذمته) أى يبطل الأجل ، لأن ذمته قد

كاتبه وهو صحيح ولو فى مرضه لايصح تأجيله إلا من الثلث (وإن حرروه) أى كل الورثة (فى مجلس واحد عتق مجانا) استحسانا ويجعل إبراء اقتضاء (فإن حرره بعضهم) فى مجلس والآخر فى آخر (لم ينفذ عتقه) على الصحيح لأنه لم يملكه ولو عجز بعد موت المولى عاد رقه :

(مكاتب تحته أمة طلقها ثنتين فملكها لايحل له أن يطأها حتى تنكح زوجا غيره) وكذا الحر كما تقرر فى محله :

(كاتبا عبدا كتابة واحدة) أى بعقد واحد (وعجز المكاتب لايعجزه القاضى حتى يجتمعا) لأنهما كواحد بخلاف الورثة لأن القاضى يعجزه بطلب أحدهم مجتبى وفيه كاتب عبديه بمرة فعجز أحدهما فرده المولى فى الرق أو القاضى ولم يعلم بكتابة الآخر لم يصح فإن غاب هذا المردود وجاء الآخر ثم عجز فليس للآخر رده فى الرق :

[فروع] اختلف المولى والمكاتب فى قدر البدل فالقول للمكاتب عندنا ولا يحبس المكاتب فى دين مولاه

خربت وانتقل الدين إلى التركة وهى عين زيلعى (قوله إلا من الثلث) أى فيؤدى ثلثى البدل حالا والباقى على نجومه شرنبلالية والمسألة مرت فى باب مايجوز للمكاتب مع مافيها من التفصيل والخلاف (قوله عتق مجانا) أى عتق وسقط عنه مال الكتابة ومعناه يعتق من جهة الميت حتى إن الولاء يكون للذكور من عصبته دون الإناث جوهرة (قوله استحسانا) وفى القياس لايعتق لأنهم لم يرثوا رقبته وإنما ورثوا دينا فيها جوهرة (قوله ويجعل إبراء اقتضاء) هذا وجه الاستحسان قال فى الجوهرة : وجه الإستحسان أن عتقهم تتميم للكتابة ، فصار كالأداء أو الإبراء ولأنهم بعتقهم إياه مبرئون له من المال وبراءته توجب عتقه كما لو استوفوا منه ولا يشبه هذا ما إذا أعتقه أحدهم لأن إبراءه له إنما يصادف حصته لاغير ولو برئ من حصته بالأداء لم يعتق كذا هذا (قوله على الصحيح) وقيل يعتق إذا أعتقه الباقون مالم يرجع الأول زيلعى ، وبالثانى جزم القهستانى ولينظر وجه الأول وما نقله المحشى عن العناية إنما يظهر فيما لو أعتقه البعض فقط وكذا ماقدمناه عن الجوهرة تأمل (قوله فملكها) يعنى بعد عتقه شرنبلالية وقوله : أن يطأها أى بملك اليمين لأن المملوكة لاينكحها مولاها وليس للمكاتب التسرى بها :

قال ح وهذه المسألة ليست من كتاب المكاتب فى شىء ، فإن كل رجل حرا كان أو قنا أو مدبرا أو مكاتبا أو ابن أم ولد أو مستسعى إذا طلق امرأته الأمة ثنتين غلظت حرمتها فلا يحل له إيراد عقد النكاح عليها ولا وطؤها بملك اليمين حتى تنكح زوجا غيره وإلى هذا أشار الشارح بقوله كما تقرر فى محله اهـ (قوله كاتبا عبدا كتابة واحدة الخ) قيد بالعبد الواحد احترازا عن عبدين لرجلين كاتبا هما كتابة واحدة ثم عجز أحدهما كان لمولاه أن يفسخ الكتابة وإن كان مولى الآخر غائبا هندية عن المحيط ط (قوله لأنهما) أى السيدين كسيد واحد وهو لايقبل التجزى ط (قوله يعجزه بطلب أحدهم) أى بعد طلب العبد لأن أحد الورثة ينتصب خصما عن الباقين ط (قوله بمرة) أى بعقد واحد ط (قوله ولم يعلم) أى القاضى والظاهر أنه ليس بقيد احترازى وأن فائدة ذكره جواز الإقدام على الرد (قوله لم يصح) لأن كتابتهما واحدة وليس أحدهما نائبا عن الآخر كما فى المسألة التى قبلها رحمتى (قوله فليس للآخر) كذا فى المنح والذى رأيته فى نسختى المجتبى فليس للقاضى وفى الهندية والتاترخانية عن المحيط فإن غاب هذا الذى رد فى الرق بسبب عجزه وجاء الآخر واستسعاه المولى فى نجم أو نجمين فأراد أن يرده أو القاضى فليس له ذلك (قوله فى قدر البدل) وكذا فى جنسه كأن قال المولى : كاتبتك على ألفين أو على الدنانير ، وقال العبد : بل على ألف أو على الدراهم بدائع وإن اختلفا فى الأجل أو فى مقداره فالقول للمولى . ولو فى مضيه فللعبد ولو فى مقدار مانجم عليه فى كل شهر فللمولى هندية (قوله فالقول للمكاتب عندنا) سواء أدى شيئا من البدل أولا وهو قول أبي حنيفة آخرا لأنه متى وقع الاختلاف في قدر المستحق أو جنسه ، فالقول للمستحق عليه وكان يقول

فى الكتابة وفيما سوى دين الكتابة قولان سراجية :
قلت : وفى عتاق الوهبانية :

وفى غير جنس الحق يحبس سيدا   مكاتبه والعبد فيها مخير
ولاء لأولاد لزوجين حررا   لمولى أبيهم ليس للأم معبر
توفى وما وفى فإما لميت   من الولد بع والحى تسعى وتحضر

أى وإن لم يكن معها ولد بيعت ، وإن كان استسعيت على نجومه صغيرا كان ولدها أوكبيرا وعندهما تسعى مطلقا والله أعلم :

كتاب الولاء

(هو) لغة : النصرة والمحبة مشتق من الولى وهو القرب ، وشرعا : (عبارة عن التناصر بولاء العتاقة أو بولاء الموالاة) زيلعى (ومن آثاره الإرث والعقل) وولاية النكاح وبهذا علم أن الولاء ليس نفس الميراث

يتحالفان ويترادان كالبيع بدائع (قوله فى الكتابة) أى فى بدلها وفى للسببية كما فى دخلت النار امرأة فى هرة حبستها وإنما لايحبس به لأنه دين قاصر حتى لاتجوز الكفالة به بدائع (قوله وفيما سوى دين الكتابة) كدين استهلاك أو دين أخذه من سيده حال إذنه ثم كاتبه أو قرض ط (قوله وفى غير جنس الحق الخ) فيه ثلاث مسائل :

الأولى : لوكان المولى استولى على مال لمكاتبه من غير جنس بدل الكتابة له مطالبته به ويحبسه الحاكم عليه الثانية : من مفهوم ذلك لوكان من جنسه قاصصه به : الثالثة :أن العبد مخير فى الكتابة له فسخها بلا رضا المولى (قوله ولاء) مبتدأ وقوله لأولاد متعلق بمحذوف نعت ولاء وقوله لزوجين نعت أولاد وقوله : حررا بالبناء للمجهول : أى أعتقا نعت زوجين وقوله لمولى أبيهم : متعلق بمحذوف خبر المبتدأ وقوله : ليس للأم أى لمولاها خبر مقدم ومعبر مصدر ميمى من العبور بمعنى الدخول مبتدأ مؤخر والجملة استئنافية مؤكدة لما قبلها . والمعنى ولاء أولاد الزوجين المعتقين لموالى الأب دون موالى الأم ، لأن الأب هو الأصل ولو تزوجت عبدا أو مكاتبا فالولاء لمواليها فإذا أعتق الأب جر الولاء إلى مواليه وتمامه فى شرح ابن الشحنة (قوله توفى وما وفى) الضميران للمكاتب ، وأما مفعول بع ولميت نعت لأما ومن الولد بضم الواو وسكون اللام بيان لميت ، والحى مبتدأ على حذف مضاف تقديره وأم الحى ، وتسعى خبره وتحضر من أحضر أى تحضر البدل والمعنى أن المكاتب إذا توفى لاعن وفاء وله أم ولد قد ولد فى كتابة أبيه أو اشتراه معها حتى دخل فى كتابته فإن لم يكن معها الولد بأن مات بيعت إلى آخر ماقال الشارح والله تعالى أعلم :

كتاب الولاء

أورده عقب المكاتب لأنه من آثار زوال ملك الرقبة ، ولم يذكره عقب العتق ليكون واقعا عقب سائر أنواعه (قوله مشتق من الولى) بفتح الواو وسكون اللام مصدر وليه يليه بالكسر فيهما ، وهو شاذ كذا فى جامع اللغة ح (قوله وبهذا علم الخ) فيه تعريض بصدر الشريعة حيث فسره بالميراث وتعريض بالمصنف أيضا تبعا لصاحب الحقائق ، ولذا عدل عن تفسيرهما بقوله : بل قرابة حكمية تبعا للكنز وغيره فإن الولاء يتحقق بدون الإرث والتناصر كما إذا أعتق كافر مسلما قال فى المبسوط : لايرثه لكونه مخالفا له فى الملة ولا يعقل عنه لأنه باعتبار

بل قرابة حكمية تصلح سببا للإرث (وسببه العتق على ملكه) لا الإعتاق لأن بالاستيلاد وإرث القريب يحصل العتق بلا إعتاق وأما حديث « الولاء لمن أعتق » فجرى على الغالب (من عتق) أى حصل له عتق (بإعتاق) ولو من وصية (أو بفرع له) ككتابة وتدبير واستيلاد (أو بملك قريب) فولاؤه لسيده (ولو امرأة أو ذميا أو ميتا حتى تنفذ وصاياه وتقضى ديونه) منه (ولو شرط عدمه) لمخالفته للشرع فيبطل (ومن أعتق أمته و) الحال (أن زوجها قن) الغير (فولدت) لأقل من نصف حول مذ عتقت (لا ينتقل ولاء الحمل) الموجود عند العتق (عن موالى الأم أبدا وكذا لو ولدت ولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر والآخر لأكثر منه وبينهما أقل من نصف حول)

النصرة ولا نصرة بين المسلم والكافر قاله ابن الكمال وسيشير إليه الشارح ، وأيضا فإن ماذكره المصنف مفض إلى الدور لأخذه الولاء فى تعريفه (قوله بل قرابة حكمية) أى حاصلة من العتق أو الموالاة كنز (قوله تصلح سببا للإرث) أتى بلفظ تصلح للاشارة إلى أنه لايكون سببا للإرث دائما كما علمته آنفا ، ولأنه إنما يكون عند عدم العصبة النسبية (قوله لا الإعتاق) خلافا للجمهور مستدلين بحديث «الولاء لمن أعتق » فإن ترتيب الحكم على المشتق دليل على أن المشتق منه علة الحكم والجواب :أن الأصل فى الاشتقاق هو مصدر الثلاثى وهو العتق (قوله لأن بالإستيلاد) اسم أن ضمير الشأن محذوفا والمراد به أن تكون الجارية أم ولده فإنها تعتق عليه بموته لا بإعتاقه ط (قوله وإرث القريب) كما لو مات أبوه وهو مالك لأخيه لأمه (قوله فجرى على الغالب) أو أن القصر إضافى حموى عن المقدسى ، فيكون المعنى الولاء لمن أعتق لا لمن شرطه لنفسه من بائع ونحوه كواهب وموص أبو السعود (قوله ولو من وصية) كما لو أوصى بأن يعتق عبده بعد موته أو يشترى عبدا من ماله بعد موته ثم يعتق ح أى لانتقال فعل الوصى إليه زيلعى (قوله أو بفرع له) أى للاعتاق (قوله ولو امرأة) أى ولو كان السيد امرأة وأتى بذلك للتنبيه على مخالفته للعصبة النسبية فإنه ليس فيها أنثى (قوله أو ذميا) وإن كان لايرث العتيق المسلم (قوله أو ميتا) أشار به إلى ماذكره ابن الكمال حيث قال لايقال كيف يكون الولاء بالتدبير والإستيلاد للسيد والمدبر وأم الولد إنما يعتقان بعد موت السيد لما عرفت : أن الولاء ليس نفس الميراث بل قرابة حكمية تصلح سببا له وثبوتها بالتدبير ، والاستيلاد لايتوقف على العتق بموت المدبر والمتولد صرح بذلك فى المبسوط حيث قال : لأن المدبر والمكاتب والمستولد استحق ولاءهم لما باشر السبب ،ولو سلم أنه ميراث فمعنى كونه للمولى أنه يستوفى منه ديونه ، وتنفذ وصاياه ولو كان لورثته لما كان كذلك وبما قررنا تبين أن ما ارتكبوه فى دفع ماذكر من فرض ارتداد المولى منشؤه قلة التدبر بل عدم التدرب اه (قوله حتى تنفذ وصاياه الخ) بأن مات بعده قبل قبض ميراثه منه (قوله لمخالفته للشرع) وهو ماروى أن عائشة رضى الله تعالى عنها أرادت أن تشترى بريرة لتعتقها فقال أهلها على أن ولاءها لنا فقال رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم «لايمنعك ذلك فإن الولاء لمن أعتق» إتقانى (قوله الموجود عند العتق) أشار به إلى علة عدم الانتقال ، وإلا فهو معلوم من قوله فولدت لأقل من نصف حول ، لكن يوجد فى بعض النسخ بعد قوله أبدا مانصه : لأن الحمل كان موجودا وقت الإعتاق فإعتاقه وقع قصدا فلا ينتقل ولاؤه عن معتقه صدر الشريعة اه قال الطورى :وأورد أن هذا مخالف لقولهم فى كتاب الإعتاق وإن أعتق حاملا عتق حملها تبعا لها اه .

قلت : قد يجاب بأنه من حيث لم يرد عليه الإعتاق بخصوصه ، وإنما ورد على الأم كان تبعا ومن حيث إنه جزء منها ، وإعتاقها إعتاق لجميع أجزائها كان مقصودا تأمل والأحسن أن يقال : لما لم يشترط فى عتقه ولادته لأقل المدة ذكروا التبعية لعدم تحقق الجزئية دائما ولما كان نظرهم هنا إلى عدم انتقال الولاء والشرط فيه ولادته للأقل ذكروا القصدية لتحقق الجزئية فتدبر (قوله أبدا) أى ولو عتق أبوه حتى لو جنى الولد حكم بجنايته على

ضرورة كونهما توأمين (فإذا ولدته بعد عتقها لأكثر من نصف حول فولاؤه لموالى الأم) أيضا لتعذر تبعيته للأب لرقه (فإن عتق) القن وهو الأب قبل موت الولد لابعده (جر ولاء ابنه إلى مواليه) لزوال المانع هذا إذا لم تكن معتدة فلو معتدة فولدت لأكثر من نصف حول من العتق ولدون حولين من الفراق لاينتقل لموالى الأب ؛

(عجمى له مولى موالاة) أولم يكن له ذلك وقيدبالعجمى لأن ولاءالموالاة لايكون فىالعرب لقوة أنسابهم.

موالى الأم ط عن الحموى (قوله ضرورة كونهما توأمين) أى حملت بهما جملة لعدم تخلل مدة الحمل بينهما ، فإذا تناول الأول الإعتاق تناول الآخر أيضا زيلعى (قوله لأكثر من نصف حول) الأولى أن يقول : لنصف حول فأكثر كما فى البدائع ، وأما التعبير بأكثر من الأقل فهو مساو لتعبير الشارح فافهم (قوله لتعذر تبعيته للأب) يعنى أنه وإن انتفى تحقق الجزئية هنا لاحتمال علوقه بعد العتق لكن لا يمكن تبعيته للأب لأنه لم يعتق بعد فيثبت من موالى الأم على وجه التبعية لأنه عتق تبعا لا مقصودا (قوله قبل موت الولد لابعده) قال فى إيضاح الإصلاح : يعنى إن أعتق الأب قبل موت الولد لأنه إن مات قبل عتقه لا ينتقل ولاؤه من موالى الأم اه وهو يقتضى أنه لو كان لهذا الولد الميت ولد لاينتقل ولاؤه إلى موالى الأب فليراجع ح :

أقول فى الذخيرة : الجد لايجر ولاء حافده فى ظاهر الرواية سواء كان الأب حيا أو ميتا ، وروى الحسن أنه يجر :

وصورته : عبد تزوج بمعتقة قوم وحدث له منها ولد ولهذا العبد أب حى وأعتق الأب بعد ذلك وبقى العبد على حاله ثم مات العبد وهو أبو هذا الولد ، ثم مات الولد ولم يترك وارثا يجر ميراثه كان لموالى الأم اه (قوله لزوال المانع) وهو رق الأب ولأنه لم يرد العتق على الحمل قصدا بل عتق تبعا لأمه كما قدمناه والمنافى لنقل الولاء عتقه قصدا (قوله هذا) أى جر الولاء والتفصيل بين الولادة لأقل من نصف حول أو لأكثر (قوله إذا لم تكن معتدة) أى وقت عتقها (قوله من الفراق) أى بموت أو طلاق ح (قوله لاينتقل لموالى الأب) لتعذر إضافة العلوق إلى ما بعد الموت وهو ظاهر ، وإلى ما بعد الطلاق البائن لحرمة الوطء ، وكذا بعد الرجعى لأنه يصير مراجعا بالشك لأنه إذا جاءت به لأقل من سنتين احتمل أن يكون موجودا عند الطلاق فلا حاجة إلى إثبات الرجعة لثبوت النسب ، واحتمل أن يكون فيحتاج إلى إثباتها ليثبت النسب ، وإذا تعذر إضافته إلى ما بعد ذلك أسند إلى حاجة النكاح فكان الولد موجودا عند الإعتاق فعتق مقصودا فلا ينتقل ولاؤه وتبين من هذا أنها إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر كان الحكم كذلك بطريق الأولى للتيقن بوجود الولد عند الموت أو الطلاق ، وأما إذا جاءت به لأكثر من سنتين فالحكم فيه يختلف بالطلاق البائن والرجعى ففى البائن مثل ما كان وأما الرجعى فولاء الولد لموالى الأب لتيقننا بمراجعته عناية (قوله عجمى الخ) العجم جمع العجمى وهو خلاف العربى وإن كان فصيحا كذا فى المغرب :

وفى الفوائد الظهيرية هذه المسألة على وجوه : إن زوجت نفسها من عربى فولاء الأولاد لقوم الأب فى قولهم وإن من عجمى له آباء فى الإسلام فلقوم الأب عند أبى يوسف ، وعلى قولهما اختلفت المشايخ حكى عن أبى بكر الأعمش وأبى بكر الصفار أنه لقوم الأب وقال غيرهما : لقوم الأم وإن من حربى أسلم ووالى أحدا أو لم يوال فهى مسألة الكتاب وإن من عبد أو مكاتب فلموالى الأم إجماعا إلا إذا أعتق العبد فيجر الولاء كفاية (قوله أو لم يكن له ذلك) إنما فرضه المتن فيمن له مولى موالاة لفهم مقابله بالأولى فلو قال : فولاء ولدها لمواليها ، وإن كان له مولى الموالاة كما فى الكنز لكان أولى ح (قوله لايكون فى العرب) أى لايكون العربى مولى أسفل ح

(نكح معتقته) ولو لعربى (فولدت منه فولاء ولدها لمولاها) لقوة ولاء العتاقة حتى اعتبر فيه الكفاءة لافى العجم وولاء الموالاة (والمعتق مقدم على الرد و) مقدم (على ذوى الأرحام مؤخر عن العصبة النسبية) لأنه عصبة سببية (فإن مات المولى ثم المعتق ولا وارث له) نسبى (فميراثه لأقرب عصبة المولى) الذكور وسنحققه فى بابه (وليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن) كما فى الحديث المذكور فى الدرر وغيرها لكن قال العينى وغيره : إنه حديث منكر لا أصل له وسيجىء الجواب عنه فى الفرائض .

ثم فرع على الأصل المذكور بقوله (فلو مات المعتق ولم يترك إلا ابنة معتقه فلا شىء لها) أى لابنة المعتق (ويوضع ماله فى بيت المال) هذا ظاهر الرواية وذكر الزيلعى معزيا للنهاية : أن بنت المعتق

(قوله ولو لعربى) صوابه ولو لعجمى لأنه إذا كان الولاء للمولى العجمى كان للعربى بالأولى ح (قوله لمولاها) هذا عندهما وعند أبى يوسف لمولى الأب ترجيحا لجانب الأب (قوله حتى اعتبر فيه الكفاءة) مر بيانه فى بابها ويأتى قريبا وأيضا فإنه مقدم على ذوى الأرحام ولا يقبل الفسخ بعد الوقوع والموالاة بعكس ذلك كله (قوله لافى العجم وولاء الموالاة) أى لاتعتبر الكفاءة فيهما من حيث النسب والحرية ، فإن الحرية والنسب فى حق العجم ضعيفان لأن حريتهم تحتمل الإبطال بالاسترقاق ، بخلاف العرب ولأنهم ضيعوا أنسابهم فإن تفاخرهم قبل الإسلام بعمارة الدنيا وبعده به وإليه أشار سيدنا سلمان الفارسى رضى الله تعالى عنه بقوله : سلمان أبوه الإسلام فإذا ثبت الضعف فى جانب الأب كان هو والعبد سواء (قوله والمعتق مقدم على الرد) من هنا إلى بيت المال من مسائل الفرائض فينبغى حذفها ح (قوله مؤخر عن العصبة النسبية) أى بأقسامها الثلاث بالنفس وبالغير ، ومع الغير واحترز بالنسبية عن النوع الآخر من السببية وهو مولى الموالاة فإن المعتق مقدم عليه وعصبة المعتق مثله (قوله لأنه عصبة سببية) أى والنسب أقوى (قوله ثم المعتق) بفتح التاء (قوله ولا وارث له نسبى) يعم صاحب الفرض والعصبى (قوله لأقرب عصبة المولى) أخرج عصبة عصبته فلو أعتقت عبدا ثم ماتت عن زوج وابن منه وأخ لغير أم ثم مات العبد فالولاء لابنها فقط ، فإن كان مات الابن وترك خاله وأباه فهو للخال لأنه عصبتها دون الأب ، لأنه عصبة ابنها وتمامه فى البدائع والذخيرة (قوله الذكور نعت للعصبة) أى لا للنساء إذ ليس هنا عصبة بغيره أو مع غيره للحديث المذكور (قوله وسنحققه فى بابه) أى فى باب الميراث ولم يزد على ما هنا سوى التعليل بالحديث (قوله وليس للنساء الخ) استئناف فى موقع الاستثناء لأن قوله : لأقرب عصبة المولى يشمل بعض النساء ولذا فرع عليه بعده بقوله : فلو مات الخ وبهذا علمت أن تقييد الشارح أولا بالذكور غير لازم (قوله المذكور فى الدرر وغيرها) وهو قوله صلى الله عليه وسلم « ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن أو دبرن أو دبر من دبرن أو جر ولاء معتقهن أو معتق معتقهن » اه وقوله : جر عطف على دبر أو أعتق وولاء مفعوله ومعتقهن فاعله قهستانى فإذا دبرت عبدا فماتت ثم مات العبد فولاؤه لها حتى يكون للذكور من عصبتها وكذا لو ماتت فعتق المدبر بموتها فدبر عبدا ثم مات فولاؤه لعصبتها .

[تتمة] قال أبو السعود عن تكملة الفتح للديرى : عبر بما الموضوعة لما لايعقل لأن الرقيق بمنزلة الميت الملحق بالجماد نظيره قوله تعالى — أو ما ملكت أيمانهم — وبعد عتقه عبر بمن فى أو أعتق من أعتقن لأنه صار بالعتق حيا حكما (قوله لكن قال العينى وغيره الخ) وقال والوارد عن على وابن مسعود وابن ثابت أنهم كانوا لايورثون النساء من الولاء إلا ما كاتبن أو أعتقن (قوله وسيجىء الجواب عنه فى الفرائض) لصه هناك وهو وإن كان فيه شذوذ لكنه تأكد بكلام كبار الصحابة فصار بمنزلة المشهور كما بسطه السيد وأقره المصنف ح وسنذكر هناك تمام الكلام عليه إن شاء الله تعالى (قوله وذكر الزيلعى الخ) ومثله فى الذخيرة قال : وهكذا كان يفتى الإمام

ترث فى زماننا لفساد بيت المال وكذا مافضل عن فرض أحد الزوجين يرد عليه وكذا المال يكون للابن أو البنت رضاعا كذا فى فرائض الأشباه وأقره المصنف وغيره (وإذا ملك الذمى عبدا) ولو مسلما (وأعتقه فولاؤه له) لأن الولاء كالنسب فيتوارثون به عند عدم الحاجب كالمسلمين فلو مسلما لا يرثه ولا يعقل عنه وبهذا اتضح فساد القول بأن الولاء هو الميراث حق الاتضاح (ولو أعتق حربى فى دار الحرب عبدا حربيا لا يعتق) بمجرد إعتاقه (إلا أن يخلى سبيله فإذا خلاه عتق حينئذ ولا ولاء له) حتى لو خرجا إلينا مسلمين لايرثه خلافا للثانى (وكان له أن يوالى من شاء لأنه لاولاء لأحد) عليه (ولو دخل مسلم فى دار الحرب فاشترى عبدا ثمة وأعتقه بالقول عتق بلا تخلية

أبو بكر البزنجرى والقاضى الإمام صدر الإسلام ، لأنها أقرب إلى الميت من بيت المال ، فكان الصرف إليها أولى إذ لو كانت ذكرا تستحق المال (قوله ترث فى زماننا) عبارة الزيلعى يدفع المال إليها لابطريق الإرث ، بل لأنها أقرب الناس إلى الميت ح (قوله وكذا ما فضل الخ) عزاه فى الذخيرة إلى فرائض الإمام عبد الواحد الشهيد (قوله للابن أو البنت رضاعا) عزاه فى الذخيرة إلى محمد رحمه الله (قوله وأقره المصنف وغيره) قال فى شرح الملتقى قلت : ولكن بلغنى أنهم لايفتون بذلك فتنبه وفيه من كتاب الفرائض :

قلت : ولم أر فى زماننا من أفتى بهذا ولامن قضى به وعلى القول به فينبغى جوازه ديانة فليحرر وليتدبر اه (قوله ولومسلما) أتى به لأن الكلام فى ثبوت الولاء وأما الميراث فلا يثبت ما دام المعتق كافرا وسينبه عليه فافهم (قوله فلومسلما لايرثه) لانعدام شرط الإرث وهو اتحاد الملة حتى لوأسلم الذمى قبل موت المعتق، ثم مات المعتق يرث به وكذا لوكان للذمى عصبة من المسلمين كعم مسلم يرثه لأنه يجعل الذمى كالميت ، فإن لم يكن له عصبة مسلم يرد إلى بيت المال ولوكان عبد مسلم بين مسلم وذمى فنصف ولائه للمسلم والنصف الآخر لأقرب عصبة الذمى من المسلمين إن كان وإلا رد لبيت المال بدائع (قوله ولا يعقل عنه) فإن كان المعتق من نصارى تغلب فالعقل على قبيلته كما فى التاترخانية ، ويؤخذ منه أنه إذا لم يكن للمعتق الذمى قبيلة فعقل العبد المسلم على نفسه فإنه صرح فى المسألة السابقة وهى ما إذا لم يكن له عصبة مسلم فالإرث لبيت المال(١) والعقل على العبد نفسه (قوله وبهذا اتضح الخ) لأن الولاء وجد بلا ميراث ح (قوله ولو أعتق حربى) التقييد بالحربى مفيد بالنظر إلى قوله لا يعتق إلا أن يخلى سبيله لأنه فى المسلم يعتق بمجرد القول كما سيذكره وأما بالنظر إلى قوله ولا ولاء له فإنه والمسلم سواء ، وسنذكر قريبا الكلام فيه ــ لم يتم عبدا حربيا فلو مسلما أو ذميا عتق بالإجماع وولاؤه له بدائع (قوله فإذا خلاه عتق) أى صح عتقه لكنه العتق فى حق زوال الرق وإن صح فى حق إزالة الملك ، لأن كون الحربى فى داره سبب لرقه طورى عن المحيط (قوله ولا ولاء له) هذا قول أبى حنيفة ومحمد ، لأنه لم يعتق عندهما بكلام الإعتاق بل بالتخلية والعتق الثابت بها لايوجب الولاء بدائع لما علمت أنها لاتزيل الرق وإن أزالت الملك (قوله خلافا للثانى) فعنده ولاؤه له لأن إعتاقه بالقول صح وكذا إن دبره فى دار الحرب فهو على هذا الاختلاف ، ولا خلاف أن استيلاده جائز لأن مبناه على ثبوت النسب وهو يثبت فى دار الحرب بدائع (قوله عتق بلا تخلية) أى وكان ولاؤه له كما يفيده التعليل المار فإنه عتق بالقول لابالتخلية ، لكن فى الشرنبلالية عن البدائع أنه لايعتق بالقول بل بالتخلية عنده ، وعند أبى يوسف يصير مولاه اه وهو خلاف ما ذكره الشارح : ولم أجده فى نسختى البدائع ، نعم : رأيت فى الهندية معزيا إلى البدائع لو أعتق مسلم عبدا له مسلما أو ذميا فى دار الحرب فولاؤه له لأن إعتاقه جائز بالإجماع ، وإن

---

(١) (قوله فالإرث لبيت المال الخ) هكذا بخطه ولعل الأولى أن يقول : بأن الإرث الخ ليكون صلة أصرح تأمل اه مصححه .

لو كان العبد مسلما فأعتقه مسلم أو حربى) فى دار الإسلام (فولاؤه له) أى لمعتقه :

[فروع] ادعيا ولاء ميت وبرهن كل أنه أعتقه يقضى بالميراث والولاء لهما .

المولى يستحق الولاء أولا حتى تنفذ منه وصاياه وتقضى منه ديونه :

الكفاءة تعتبر فى ولاء العتاقة فمعتقة التاجر كفء لمعتق العطار دون الدباغ. الأم إذا كانت حرة الأصل بمعنى عدم الرق فى أصلها فلا ولاء على ولدها

أعتق عبدا له حربيا فى دار الحرب لايصير مولاه عنده وعند الثانى يصير اهـ وليس فيه أنه لايعتق بالقول ، لأن قوله لايصير مولاه لايستلزم عدم العتق ، بل صرح فى التاترخانية بأنه يعتق حيث قال : إذا دخل المسلم دار الحرب فاشترى حربيا وأعتقه عتق إلا أن الولاء لايثبت منه فى قولهما . وقال أبو يوسف: يثبت استحسانا وذكر نحوه الطورى عن المحيط . ثم رأيت فى كتاب الإعتاق من البحر ما نصه : المسلم إذا دخل دار الحرب فاشترى عبدا حربيا فأعتقه ثمة فالقياس أنه لايعتق بدون التخلية ، وفى الاستحسان يعتق بدونها ولا ولاء له عندهما قياسا وله الولاء عنــد أبى يوسف استحسانا اهـ ، وبه يحصل التوفيق فتدبر (قوله ولوكان العبد مسلما الخ) لم يستوف الأقسام .

وحاصل ما فى التاترخانية لايخلو أن يكون المعتق مسلما أو ذميا فيثبت الولاء له وإن كان العبد ذميا أما لو حربيا ففيه الخلاف المار ، ولو كان المعتق حربيا فإن فى دار الإسلام عتق وثبت له الولاء سواء كان العبد مسلما أو ذميا أو حربيا وإن فى دار الحرب والعبد مسلم أو ذمى فكذلك ولو حربيا لايعتق بلا تخلية وإذا عتق فلا ولاء (قوله فى دار الإسلام) مثله ما إذا كان فى دار الحرب والمولى مسلم كما قدمناه عن الهندية :

[فرع مهم] شرى حربى مستأمن عبدا فأعتقه ثم رجع إلى داره فسبى فاشتراه عبده المعتق فأعتقه كان كل منهما مولى للآخر وكذلك ذمى أو امرأة مرتدة لحقا بدار الحرب فسبيا بدائع (قوله يقضى بالميراث والولاء لهما) أى ولو كان المال فى يد أحدهما إذ المقصود من هذه الدعوى الولاء وهما سيان ، ولم يرجح ذو اليد لأن سبب الولاء ، وهو العتق لايتأكد بالقبض بخلاف الشراء كما فى مختصر الظهيرية ، وهذا إذا لم يوقتا ولم يسبق القضاء بإحدى البينتين لما قال فى البدائع : لو وقتا فالسابق أولى لأنه أثبت العتق فى وقت لاينازعه فيه أحد ، ولوكان هذا فى ولاء الموالاة كان ذو الوقت الأخير أولى ، لأن ولاء الموالاة يحتمل النقض والفسخ ، فكان عقد الثانى نقضا للأول إلا أن يشهد شهود صاحب الوقت الأول أنه كان عقل عنه لأنه حينئذ لايحتمل النقض فأشبه ولاء العتاقة وتمامه فى الشرنبلالية (قوله المولى) أى المعتق ولو بكتابة أو تدبير أو استيلاد ط (قوله يستحق الولاء أولا) أى إذا مات أما لو كان حيا فلا شبهة فيه ، وهذا مكرر مع قوله فيما سبق أو ميتا الخ (قوله فى ولاء العتاقة) بخلاف ولاء الموالاة كما مر (قوله فمعتقة التاجر الخ) الألسب أن يقول : فمعتق التاجر كفء لمعتقة العطار ، ولايكون كفأ لها معتق الدباغ لأن الكفاءة تعتبر لها لا له فليتأمل ط (قوله بمعنى عدم الرق فى أصلها) أى ولا فيها أيضا وإنما فسره بذلك لأن حر الأصل يطلق أيضا على من لم يجر عليه نفسه رق ، سواء جرى على أصله رق أولا وليس بمراد هنا كما حققه فى الدرر ح (قوله فلا ولاء على ولدها) أى وإن كان الأب معتقا لما ذكرنا أن الولد يتبع الأم فى الرق والحرية ولا ولاء لأحد على أمه ، فلا ولاء على ولدها بدائع ووافقه فى شرح التكملة ومختصر المحيط ومختصر المسعودى كما ذكره فى الدرر قال فى سكب الأنهر : هذا فرع مهم فاحفظه فإنه مزلة الأقدام اهـ .

وفى العزمية : اعلم أن سادتنا العلماء الذين أفتوا بقسطنطينية المحمية بالأمر السلطانى والنصب الخاقانى من حين

والأب إذا كان كذلك فلو عربيا لا ولاء عليه مطلقا ، ولو عجميا لا ولاء عليه لقوم الأب ويرثه معتق الأم وعصبته خلافا لأبي يوسف ، والله أعلم .

فصل في ولاء الموالاة

(أسلم رجل) مكلف (على يد آخر ووالاه أو) والى (غيره) الشرط كونه عجميا لا مسلما على مامر وسيجيء (على أن يرثه) إذا مات (ويعقل عنه) إذا جنى (صح) هذا العقد (وعقله عليه

الفتح إلى عامنا هذا وهو السادس والثلاثون بعد الألف افترقوا فرقتين ، فذهبت فرقة منهم إلى هذا القول المنقول من البدائع كصاحب الدرر والمولى ابن كمال باشا والمولى قاضي زاده والمولى بستان زاده والمولى زكريا والمولى سعد الدين بن حسن خان والمولى صنع الله ، وذهبت فرقة منهم أخرى إلى عدم اشتراط ذلك منهم المولى سعد جلبي والمولى على الجمالي والمولى الشهير بجوى زاده الكبير وابنه. وقد أفتى المولى أبو السعود أولا على هذا وصرح برجوعه في فتوى منه فأفتى بعده على موافقة ما في البدائع ، واستقر رأيه على ذلك إلى أن قضى نحبه جعل الله سعيهم مشكورا وعملهم مبرورا . ورأيت في شرح الوجيز ما نصه من أمه حرة أصلية وأبوه رقيق لا ولاء عليه مادام الأب رقيقا ، فإن أعتق فهل يثبت الولاء عليه لموالى الأب يحكى فيه قولان اه ونحوه في المعراج (قوله والأب إذا كان كذلك) أي حر الأصل (قوله فلو عربيا) التقييد به اتفاقي ، لأنه لو كان الأب مولى عربي لا ولاء لأحد على ولده لأن حكمه حكم العربي لقول النبي صلى الله تعالى عليه وسلم « إن مولى القوم منهم » كذا في البدائع شرنبلالية ومثله في الهندية (قوله مطلقا) أي لا لقوم الأب ولا لقوم الأم لأن الولاء لجهة الأب ولارق في جهته ح وفسر الإطلاق في العزمية بقوله أي سواء كانت أمه معتقة أولا (قوله خلافا لأبي يوسف) أي فإنه يقول الولد يتبع الأب في الولاء كما في العربي ، لأن النسب للآباء وإن ضعف. ولهما أنه للنصرة ولا نصرة له من جهة الأب ، لأن من سوى العرب لايتناصرون بالقبائل بدائع .

والحاصل : أن الصور خمسة أربعة وفاقية والخامسة خلافية: الأولى : حران أصليان بمعنى عدم دخول رق فيهما ولا في أصولها فلاولاء على أولادهما الثانية : معتقان أو في أصلهما معتق فالولاء لقوم الأب . الثالثة : الأب معتق أو في أصله معتق والأم حرة الأصل بذلك المعنى عربية أولى فلا ولاء لقوم الأب. الرابعة : الأم معتقة والأب حر الأصل بذلك المعنى فإن عربيا فلا ولاء لقوم الأم وإلا وهي الخامسة : الخلافية فعندهما لقوم الأم وعند الثاني لا لاوء عليه وتمام تحقيق المسألة في الدرر والله تعالى أعلم .

فصل في ولاء الموالاة

أخره لأنه قابل للتحول والانتقال ولأنه مختلف فيه ، فعند مالك والشافعي لا اعتبار له أصلا بخلاف العتاقة والأدلة في المطولات (قوله رجل مكلف) أي عاقل بالغ فليس للصبي العاقل أن يوالي غيره ولو بإذن وليه على ما يأتي بيانه والتقييد بالرجل اتفاقي لصحته من المرأة كما يأتي (قوله أو والى غيره) أي غير من أسلم على يده وعند عطاء هو مولى للذي أسلم على يده بدائع (قوله الشرط كونه عجميا لا مسلما) تعقب على قوله أسلم قال في التاترخانية : وقد صرح شيخ الإسلام في مبسوطه بأنه ذكر على سبيل العادة (قوله على ما مر وسيجيء) مرتبط بقوله : عجميا فإنه ذكر قبل هذا الفصل أن الموالاة لا تكون في العرب ، وسيجيء أيضا في قوله أن لا يكون عربيا ، ويصرح بعده بأن الإسلام ليس بشرط (قوله على أن يرثه) بأن يقول أنت مولاي ترثني إذا مت

وإرثه له) وكذا لو شرط الإرث من الجانبين (ولو والى صبى عاقل بإذن أبيه أو وصيه صح) لعدم المانع (كما لو والى العبد بإذن سيده آخر) فإنه يصح ويكون وكيلا عن سيده بعقد الموالاة (وأخر) إرثه (عن) إرث (ذى الرحم) لضعفه (وله النقل عنه بمحضره إلى غيره إن لم يعقل عنه أو عن ولده ، فإن عقل عنه أو عن ولده لاينتقل) لتأكيده (ولا يوالى معتق أحدا) للزوم ولاء العتاقة :

وتعقل عنى إذا جنيت فيقول : قبلت أو يقول واليتك فيقول : قبلت بعد أن ذكر الإرث ، والعقل فى العقد بدائع وظاهره أن ذكره شرط وسيصرح به (قوله وإرثه له) قال فى المبسوط ولو مات الأعلى ثم الأسفل فإنما يرثه الذكور من أولاد الأعلى دون الإناث على نحو ما بينا فى ولاء العتاقة طورى (قوله وكذا لو شرط الإرث من الجانبين) أى بعد استيفاء الشروط الآتية فى كل منهما فيرث كل صاحبه الذى مات قبله وقد ذكر فى عامة الكتب من غير خلاف ونقل المقدسى عن ابن الضياء أنه عند أبى حنيفة يصير الثانى مولى الأول ، ويبطل ولاء الأول وقالا كل مولى صاحبه وتمامه فى الشرنبلالية . ونقل الخلاف أيضا فى غاية البيان عن التحفة (قوله ولو والى صبى عاقل) قيد به لأنه إذا لم يعقل لم يعتبر تصرفه أصلا درر وعبارة الزيلعى ولو عقد مع الصغير أو مع العبد اه فالأولى أن يقول : صبيا عاقلا أو عبدا بالنصب ليفهم أن الصبى أو العبد مولى أعلى لما فى البدائع . وأما البلوغ فهو شرط الانعقاد فى جانب الإيجاب ، حتى لو أسلم الصبى على يدى رجل ووالاه لم يجز ، وإن أذن أبوه الكافر إذ لا ولاية للأب الكافر على الابن المسلم ، ولهذا لا تجوز سائر عقوده بإذنه كالبيع ونحوه فأما من جانب القبول فهو شرط النفاذ حتى لو والى بالغ فقبل صبيا توقف على إجازة أبيه أو وصيه ، وكذا لو والى رجل عبدا توقف على إجازة المولى إلا أن الولاء من المولى وفى الصبى منه لأنه أهل للملك والمكاتب كالعبد اه ملخصا (قوله لضعفه) لأن الموالاة عقدهما فلا يلزم غيرهما وذو الرحم وارث شرعا فلا يملكان إبطاله درر (قوله وله النقل عنه بمحضره) أى بعلمه بدائع والضمير فى له للمولى الأسفل ، وقوله إلى غيره متعلق بالنقل ، والضمير فيه للأعلى ، وتقييده بالحضرة مخالف لما فى الهداية ، حيث اعتبرها قيدا للتبرى عن الولاء دون الانتقال فى ضمن عقد آخر مع غيره ، وقال فى الكفاية : للمولى الأسفل أن يفسخ الولاء بغير محضر من الآخر فى ضمن عقد الموالاة مع غيره ، ولكن ليس للأعلى والأسفل أن يفسخ الولاء بغير محضر من صاحبه قصدا اه :

ومثله فى البدائع والتبيين والمجتبى وغرر الأفكار والدرر والملتقى والجوهرة وغيرها وكذا فى غاية البيان عن كافى الحاكم ، لأن عقده مع غيره فسخ حكمى فلا يشترط فيه العلم ، وقد يثبت الشىء ضرورة وإن كان لا يثبت قصدا كما لو وكل ببيع عبد وعزله والوكيل غائب لم يصح ، ولو باع العبد أو أعتقه انعزل علم أو لا بدائع وعبارة الكنز مساوية لعبارة المصنف ، وقيد ابن الكمال فى الإصلاح بالحضرة فى الموضعين ، فهذا إن لم يكن قولا آخر يحتاج إلى إصلاح ، ولم أر من نبه على ذلك . نعم : ذكر فى الشرنبلالية نحو ما فى الإصلاح عن تاج الشريعة فليتأمل (قوله أو عن ولده) يشير إلى أنه يدخل فى العقد أولاده الصغار ، وكذا من يولد له بعده كما فى التبيين ، بخلاف الكبار حتى لو والى ابنه الكبير رجلا آخر فولاؤه له ولو كبر بعض الصغار ، فإن كان المولى عقل عنه أو عن أبيه أو عن واحد منهم لم يكن له أن يتحول بدائع (قوله لاينتقل) وكذا ولده كما علمت (قوله لتأكيده) بالياء وفى بعض النسخ لتأكده لأنه صار كالعوض فى الهبة (قوله للزوم ولاء العتاقة) لأن سببه وهو العتق لا يحتمل النقض بعد ثبوته ، فلا ينفسخ ولا ينعقد معه ، لأنه لا يفيد زيلعى وفى التاترخانية : ذمى أعتق عبدا ثم لحق بدار الحرب فاسترق ليس لمعتقه أن يوالى آخر لأن له مولى عتاقة ، فإن أعتق مولاه فإنه يرثه إن مات وإن جنى بعد

(امرأة والت ثم ولدت) مجهول النسب (يتبعها المولود فيما عقدت) وكذا لو أقرت بعقد الموالاة أو أنشأته والولد معها لأنه نفع محض فى حق صغير لم يدر له أب (و) عقد الموالاة (شرطه أن يكون حرا مجهول النسب) بأن لاينسب إلى غيره أما نسبة غيره إليه فغير مانع عناية (و) الثانى : (أن لايكون عربيا و) الثالث : (أن لايكون له ولاء عتاقة ولاولاء موالاة مع أحد وقدعقل عنه) والرابع : أن لايكون عقل عنه بيت المال والخامس : أن يشترط العقل والإرث وأما الإسلام فليس بشرط فتجوز موالاة المسلم الذمى وعكسه والذمى الذمى وإن أسلم الأسفل

ذلك عقل عن نفسه ، ولايعقل عنه مولاه فى عامة الروايات وفي بعضها : قال يرثه ويعقل عنه اه فأفاد المنع من الموالاة ولو مع قيام المانع فى مولى العتاقة (قوله مجهول النسب) هو الذى لايدرى له أب فى مسقط رأسه ط (قوله لأنه نفع محض) لأنه يعقله إذا جنى فصار كقبول الهبة وما ذكر قول الإمام وعندهما لايتبعها (قوله وعقد الموالاة) على حذف مضاف أى وعاقد عقد الموالاة ح والمراد بالعاقد الموجب لا القابل (قوله أن يكون حرا) لاينافى ما مر من صحة موالاة العبد بإذن سيده كما وهم لأن ذاك فى القابل وكلا منا فى الموجب (قوله مجهول النسب) أقول : صرحوا بأن للابن أن يعقد الموالاة أو يتحول بولائه إلى غير مولى الأب إذا لم يعقل المولى عنه فهذا الشرط لايوافقه سعدية ونقل نحوه ح عن المقدسى ؛

أقول : ويؤيده قوله فى غرر الأفكار ولو علم نسبه وهو المختار وفى شرح المجمع كونه مجهول النسب ليس بشرط عند البعض وهو المختار (قوله وأن لايكون عربيا) يعنى ولا مولى عربى كما فى البدائع ويغنى عن هذا كونه مجهول النسب لأن العرب أنسابهم معلومة شرنبلالية وسعدية (قوله وأن لايكون له ولاء عتاقة) أى وإن قام بالمولى مانع كما قدمناه (قوله ولا ولاء موالاة الخ) لو قال ولاعقل عنه غير الذى والاه كما فى البدائع لدخل فيه الرابع فإذا عقل عنه بيت المال صار ولاؤه لجماعة المسلمين ، فلا يملك تحويله إلى واحد منهم بعينه بدائع (قوله والخامس) بقى سادس وسابع وثامن : قال الزيلعى : وأن يكون حرا عاقلا بالغا اه فإنها شروط فى العاقد الموجب ، وقد علمت مما مر وهذا الخامس صرح باشتراطه كثيرون منهم صاحب الهداية ، واعترضه فى غاية البيان بعبارات لم يصرح فيها به ورده قاضى زاده وغيره بأنه لايدل على عدم الاشتراط (قوله وأما الإسلام فليس بشرط الخ) استشكله فى الدرر بأن الإرث لازم للولاء ، واختلاف الدينين مانع من الإرث ثم قال : اللهم إلا أن يقال معناه أن سبب الإرث يثبت فى ذلك الوقت ، ولكن لايظهر ماداما على حالهما ، فإذا زال المانع يعود الممنوع كما أن كفر العصبة أو صاحب الفرض مانع من الإرث ، فإذا زال قبل الموت يعود الممنوع اه ، ورده الشرنبلالى بما نقله الشارح عن البدائع وفيه نظر ظاهر ، لأنه إن أراد أن العقد صحيح فهو مما لا نزاع فيه ، لأن الاستشكال فى وجه الحكم لا فى نقله ، وإن أراد أن تنزيله منزلة الوصية يفيد استحقاق الموالى المال بعد موت من والاه لا عن وارث وإن اختلف الدين كما فهمه بعضهم فيحتاج إلى نقل صريح ، كيف وقد عدوا الموالاة من أسباب الميراث وسموه وارثا مستحقا جميع المال على أنه نقل الطورى عن المحيط ذمى والى مسلما فمات لم يرثه لأن الإرث باعتبار التناصر والتناصر فى غير العرب إنما هو بالدين اه. واستشكله وأجاب بما ذكره فى الدرر وحيث ثبت النقل بصحة العقد ، وبعدم الإرث مع قيام المانع وجب المصير إليه والله تعالى أعلم (قوله فتجوز موالاة المسلم الذمى) وإن أسلم على يد حربى ووالاه هل يصح لم يذكره فى الكتاب ، وفيه خلاف قيل يصح ، لأنه يجوز أن يكون للحربى ولاء العتاقة على المسلم ، فكذا ولاء الموالاة كما فى الذمى ، وقيل : لايصح لأن فيه تناصر الحربى وموالاته وقد نهينا عنه بخلاف الذمى درر عن المحيط (قوله والذمى الذمى وإن أسلم الأسفل) عبارة

لأن الموالاة كالوصية كما بسط فى البدائع ، وفى الوهبانية :

ومعتق عبد عن أبيه ولاؤه له وأبوه بالمشيئة يؤجر

يعنى أعتق عبده عن أبيه الميت ، فالولاء له والأجر للأب إن شاء الله تعالى من غير أن ينقص من أجر الابن شيء وكذا الصدقات والدعوات لأبويه وكل مؤمن يكون الأجر لهم من غير أن ينقص من أجر الابن شيء مضمرات .

كتاب الإكراه

(هو لغة حمل الإنسان على) شيء يكرهه وشرعا (فعل يوجد من المكره فيحدث فى المحل معنى يصير به مدفوعا إلى الفعل الذى طلب منه) وهو نوعان تام وهو الملجئ بتلف نفس

البدائع : وكذا الذمى إذ والى ذميا ثم أسلم الأسفل . واعترض بأنه لا وجه للتقييد بإسلام الأسفل ، ولاحاجة إليه مع قوله فتجوز موالاة المسلم الذمى وعكسه .

أقول : لعل فائدته التنبيه على أنه لافرق بين كون اختلاف الدين حاصلا وقت العقد أو بعده ، وعبارة الشارح فى هذا التأويل أظهر من عبارة البدائع فتأمل (قوله كالوصية) أى فى صحتها من المسلم والذمى للمسلم أو الذمى ، لكن بينهما فرق من جهة أن الموصى له يستحقها بعد موت الموصى مع اختلاف الدين بخلاف المولى كما علمت (قوله ولاؤه) مبتدأ ثان وله خبره والجملة خبر الأول وهو معتق ط (قوله فالولاء له) لأنه هو المعتق ط (قوله والأجر له(١) إن شاء الله) أتى بالمشيئة لأنه ثابت بخبر الواحد وهو لايفيد القطع قاله عبد البر ط .

مطلب يصل ثواب أعمال الأحياء للأموات

(قوله من غير أن ينقص من أجر الابن) المناسب زيادة والفاعل . قال العلامة عبد البر : والمسألة مبنية على وصول ثواب أعمال الأحياء للأموات ، وقد ألف فيها قاضى القضاة السروجى وغيره ، وآخر من صنف فيها شيخنا قاضى القضاة سعد الدين الديرى كتابا سماه [الكواكب النيرات] محط هذه التأليفات أن الصحيح من مذهب جمهور العلماء الوصول ط والله تعالى أعلم .

كتاب الإكراه

قيل فى مناسبته إن الولاء من آثار العتق والعتق لايؤثر فيه الإكراه فناسب ذكره عقبه أو لأنه نادر كالموالاة (قوله وشرعا فعل) أى لابحق لأن الإكراه بحق لايعدم الاختيار شرعا كالعنين إذا أكرهه القاضى بالفرقة بعد مضى المدة ألا ترى أن المديون إذا أكرهه القاضى على بيع ماله نفذ بيعه ، والذمى إذا أسلم عبده فأجبر على بيعه نفذ بيعه بخلاف ما إذا أكرهه على البيع بغير حق منح عن مجمع الفتاوى ، والفعل يتناول الحكمى كما إذا أمر بقتل رجل ولم يهدده بشيء إلا أن المأمور يعلم بدلالة الحال أنه لولم يقتله لقتله أو قطعه الآمر فإنه إكراه قهستانى وسيجيء ويشمل الوعيد بالقول ، ولذا قال فى الدرر أعم من اللفظ وعمل سائر الجوارح (قوله فى المحل) أى المكره بفتح الراء ح (قوله يصير) أى المحل وضمير به للمعنى الذى هو الخوف ح (قوله مدفوعا إلى الفعل) أى بحيث يفوت رضاه به وإن لم يبلغ حد الجبر بحيث يفسد الاختيار فيشمل القسمين كما يظهر قريبا (قوله وهو نوعان)

---

(١) قوله (والأجر له) هكذا بخطه والذى فى نسخ الشارح التى بيدى والأجر للأب وهو أوضح اه مصححه .

أو عضو أو ضرب مبرح وإلافناقص وهو غير الملجىء :

(وشرطه) أربعة أمور : (قدرة المكره على إيقاع ما هدد به سلطانا أو لصا) أو نحوه (و) الثانى (خوف المكره) بالفتح (إيقاعه) أى إيقاع ما هدد به (فى الحال) بغلبة ظنه ليصير ملجأ (و) الثالث : (كون الشىء المكره به متلفا نفسا أو عضوا أو موجبا غما يعدم الرضا) وهذا أدنى مراتبه وهو يختلف باختلاف الأشخاص فإن الأشراف يغمون بكلام خشن والأراذل ربما لا يغمون إلا بالضرب المبرح ابن كمال (و) الرابع : (كون المكره ممتنعا عما أكره عليه قبله) إما (لحقه) كبيع ماله (أو لحق) شخص (آخر) كإتلاف مال الغير (أو لحق الشرع) كشرب الخمر والزنا (فلو أكره بقتل أو ضرب شديد) متلف لابسوط أو سوطين

أى الإكراه وكل منهما معدم للرضا لـكن الملجىء ، وهو الكامل يوجب الإلجاء ، ويفسد الاختيار فنفى الرضا أعم من إفساد الاختيار والرضا بإزاء الكراهة والاختيار بإزاء الجبر ففى الإكراه بحبس أو ضرب لاشك فى وجود الكراهة وعدم الرضا وإن تحقق الاختيار الصحيح إذ فساده إنما هو بالتخويف بإتلاف النفس ، أو العضو وحكمه إذا حصل بملجىء أن ينقل الفعل إلى الحامل فيما يصلح أن يكون المكره آلة للحامل ، كأنه فعله بنفسه كإتلاف النفس والمال ، وما لايصلح أن يكون آلة له اقتصر على المكره كأنه فعله باختياره مثل الأقوال والأكل لأن الإنسان لايتكلم بلسان غيره ، ولا يأكل بفم غيره فلايضاف إلى غير المتكلم والآكل ، إلا إذا كان فيه إتلاف فيضاف إليه من حيث الإتلاف لصلاحية المكره آلة للحامل فيه فإذا أكرهه على العتق يقع كأنه أوقعه باختياره حتى يكون الولاء له ويضاف إلى الحامل من حيث الإتلاف فيرجع عليه بقيمته وتمامه فى التبيين (قوله أو عضو) كذا بعض العضو كأنملة شرنبلالية (قوله أو ضرب مبرح) أى موقع فى برح قال فى القاموس : البرح الشدة والشر اهـ : وعبر فى الشرنبلالية عن البرهان بقوله أو ضرب يخاف منه على نفسه أو عضو من أعضائه (قوله وإلا فناقص) كالتخويف بالحبس والقيد والضرب اليسير إتقانى (قوله سلطانا أو لصا) هذا عندهما ، وعند أبى حنيفة لايتحقق إلا من السلطان ، لأن القدرة لا تكون بلا منعة والمنعة للسلطان قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ، لأن فى زمانه لم يكن لغير السلطان من القوة ما يتحقق به الإكراه ، فأجاب بناء على ما شاهد وفى زمانهما ظهر الفساد ، وصار الأمر إلى كل متغلب ، فيتحقق الإكراه من الكل والفتوى على قولهما كذا فى الخلاصة درر واللص السارق ، وفسره القهستانى بالظالم المتغلب غير السلطان قال : وإنما ذكره بلفظ اللص تبركا بعبارة محمد ولذا سعى به بعض حساده إلى الخليفة . وقال سماك فى كتابه لصا وتمامه فيه (قوله أو نحوه) لايحتاج إليه بناء على ماذكرناه عن القهستانى (قوله فى الحال) كذا فى الشرنبلالية عن البرهان والظاهر أنه اتفاقى إذ لوتوعده بمتلف بعد مدة ، وغلب على ظنه إيقاعه به صار ملجأ تأمل . لكن سيذكر الشارح آخرا أنه إنما يسعه ما دام حاضرا عنده المكره وإلا لم يحل تأمل (قوله ليصير ملجأ) هذه الشروط لمطلق الإكراه لاللملجىء فقط ، فالمناسب قول الدرر ليصير محمولا على مادعى إليه من الفعل : وقدمنا أن المراد بالحمل مايفوت به الرضا فيشمل النوعين (قوله متلفا نفسا) أى حقيقية أو حكمية كتلف كل المال فإنه شقيق الروح كما فى الزاهدى قهستانى وتقييده بكل المال مخالف لما سيشير إليه الشارح آخرا عن القنية كما سنبينه إن شاء الله تعالى (قوله يعدم الرضا) أى مع بقاء الاختيار الصحيح ، وإلا فالإكراه بمتلف يعدم الرضا أيضا ولكنه يفسد الاختيار كما قدمناه (قوله إما لحقه) أى إما أن يكون امتناعه عما أكره عليه لكونه خالص حقه كإكراهه على إتلاف ماله ولو بعوض كبيعه ويأتى الإكراه فى ذلك بغير الملجىء بخلاف القسمين بعده كما يأتى (قوله متلف) فيه أن التصرفات الآتية

إلا على المذاكير والعين بزازية (أو حبس) أو قيد مديدين بخلاف حبس يوم أو قيده أو ضرب غير شديد إلا لذى جاه درر (حتى باع أو اشترى أو أقر أو آجر فسخ) ماعقد ولا يبطل حق الفسخ بموت أحدهما ولا بموت المشترى ، ولا بالزيادة المنفصلة وتضمن بالتعدى وسيجيء أنه يسترد وإن تداولته الأيدى (أو أمضى) لأن الإكراه الملجىء وغير الملجىء يعدمان الرضا والرضا شرط لصحة هذه العقود وكذا لصحة الإقرار فلذا صار له حق الفسخ والإمضاء ثم إن تلك العقود نافذة عندنا (و) حينئذ (يملكه المشترى إن قبض فيصح إعتاقه)

من البيع ونحوه يتحقق فيها الإكراه ولو بغير ملجىء كما مر ويجىء ، لتفويته الرضا والمتلف من الملجىء ، ولا يتوقف فوات الرضا عليه ولذا قال فيما يجىء بخلاف حبس يوم الخ لأنه لا يعدم الرضا (قوله لا على المذاكير والعين) لأنه يخشى منه التلف (قوله أو حبس) أى حبس نفسه قال الزيلعى : والإكراه بحبس الوالدين أو الأولاد لا يعد إكراها لأنه ليس بملجىء ولا يعدم الرضا بخلاف حبس نفسه اه لكن فى الشرنبلالية عن المبسوط : أنه قياس وفى الاستحسان حبس الأب إكراه وذكر الطورى أن المعتمد أنه لافرق بين حبس الوالدين والولد فى وجه الاستحسان زاد القهستانى أو غيرهم : من ذوى رحم محرم وعزاه للمبسوط (قوله بخلاف حبس يوم أو قيده) فيه إشارة إلى أن الحبس المديد ما زاد على يوم وكذا يستفاد من العينى والزيلعى ط . وفى الخانية : أما الضرب بسوط واحد أو حبس يوم أو قيد يوم لا يكون إكراها فى الإقرار بألف اه ، وظاهر أنه يكون إكراها فى المال القليل (قوله إلا لذى جاه) لأن ضرره أشد من ضرر الضرب الشديد ، فيفوت به الرضا زيلعى . وفى مختارات النوازل أو لذى ضعف (قوله فسخ ما عقد) لا يشمل الإقرار فهو مجاز أو اكتفاء كما نبه عليه القهستانى .

مطلب بيع المكره فاسد وزوائده مضمونة بالتعدى

(قوله ولا يبطل إلى قوله أو أمضى) مأخوذ من حاشية شيخه على المنح وقال بعد قوله : ويضمن بالتعدى تأمل : فيشير إلى أنه ذكره تفقها وهو تفقه حسن ، لأنهم صرحوا بأن بيع المكره فاسد إلا فى أربع صور تأتى متنا وقال فى جامع الفصولين زوائد المبيع فاسدا لو منفصلة متولدة تضمن بالتعدى لا بدونه ، ولو هلك المبيع فللبائع أخذ الزوائد وقيمة المبيع ولو منفصلة غير متولدة له أخذ المبيع مع هذه الزوائد ، ولا تطيب له ولو هلكت فى يد المشترى لم يضمن ، ولو أهلكها ضمن عندهما لا عنده ، ولو هلك المبيع لا الزوائد فهى للمشترى ، بخلاف المتولدة ويضمن قيمة المبيع فقط اه (قوله بموت أحدهما) أى المكره والمكره فيقوم ورثة كل مقامه كورثة المشترى (قوله ولا بالزيادة المنفصلة) سواء كانت متولدة كالثمرة أولا كالأرش ، وكذا المتصلة المتولدة كالسمن وأما غير المتولدة كصبغ وخياطة ولت سويق فتمنع الاسترداد إلا برضا المشترى كذا ذكروا فى البيع الفاسد . وفى البحر : متى فعل المشترى فى المبيع يعنى فاسدا فعلا ينقطع به حق المالك فى الغصب ينقطع به حق المالك فى الاسترداد كما إذا كان حنطة فطحنها (قوله وسيجىء) أى قريبا (قوله يعدمان الرضا) قال ابن الكمال فى هامش شرحه ، أخطأ صدر الشريعة فى تخصيصه إعدام الرضا بغير الملجىء اه (قوله فلذا صار له حق الفسخ والإمضاء) أى لفقد شرط الصحة وهو الرضا فيتخير ، فإن اعتبار هذا الشرط ليس لحق الغير ، بل لحقه ولهذا خالف سائر البيوع الفاسدة فإن الفسخ فيها واجب عند فقد شرط الصحة ، لأن الفساد فيها لحق الشرع . وقد صرحوا بأن بيع المكره يشبه الموقوف ويشبه الفاسد فافهم (قوله ثم إن تلك العقود نافذة عندنا) أى عند أئمتنا الثلاثة وليست بموقوفة (قوله وحينئذ) أى حين إذ قلنا إنها نافذة غير موقوفة تفيد الملك بالقبض : أى يثبت بالبيع أو بالشراء مكرها الملك للمشترى لكونه فاسدا كسائر البياعات الفاسدة ، وقال زفر : لا يثبت به الملك لأنه بيع موقوف

وكذا كل تصرف لايمكن نقضه (ولزمه قيمته) وقت الإعتاق ولو معسرا زاهدى لإتلافه بعقد فاسد (فإن قبض ثمنه أو سلم) المبيع (طوعا) قيد للمذكورين (نفذ) يعنى لزم لما مر أن عقود المكره نافذة عندنا والمعلق على الرضا والإجازة لزومه لانفاذه إذ اللزوم أمر وراء النفاذ كما حققه ابن الكمال :

قلت : والضابط أن ما لايصح مع الهزل ينعقد فاسدا فله إبطاله وما يصح فيضمن الحامل كما سيجىء (وإن قبض) الثمن (مكرها لا) يلزم (ورده) ولم يضمن إن هلك الثمن لأنه أمانة درر (إن بقى) فى يده لفساد العقد

وليس بفاسد كما لو باع بشرط الخيار وسلمه زيلعى :

قال ابن الكمال : فمن قال إن الإبراء يمنع النفاذ فقد ضل عن سبيل السداد وكتب فى هامش هذا من المواضع التى أخطأ فيها صدر الشريعة وكأنه غافل عن أن النافذ يقابل الموقوف فما لايكون نافذا يكون موقوفا فينطبق ماذكره على قول زفر اه وسنذكر جوابه قريبا (قوله وكذا كل تصرف لايمكن نقضه) كالتدبير والاستيلاد والطلاق ، فلا يصح بيعه وهبته وتصدقه ونحوها مما يمكن نقضه قهستانى (قوله فإن قبض الخ) تفريع على مافهم من التخيير السابق ، وهو أن تمام البيع بانقلابه صحيحا موقوف على إجازته بناء على أن الفساد كان لحقه لالحق الشرع ، فكأنه يقول لما توقف انقلابه صحيحا على رضا البائع وإجازته فبقبضه الثمن أو تسليمه المبيع طوعا ينقلب صحيحا بدلالتها على الرضا والإجازة ابن كمال (قوله أو سلم المبيع) قيد بالمبيع للاحتراز عن الهبة ، فإذا أكره عليها ، ولم يذكر الدفع فوهب ودفع يكون باطلا لأن مقصود المكره الاستحقاق لامجرد اللفظ ، وذلك فى الهبة بالدفع وفى البيع بالعقد فدخل الدفع فى الإكراه على الهبة دون البيع هداية . وقيده فى البزازية بحضور المكره فقال : الإكراه على الهبة إكراه على التسليم إذا كان المكره وقت التسليم حاضرا وإلا لاقياسا واستحسانا اه وأراد بقوله : باطلا الفاسد لأنه يملك فاسدا بالقبض إتقانى (قوله نفذ) لوجود الرضا (قوله لما مر) تعليل لتفسير النفاذ باللزوم ، ومقتضاه أن النفاذ واللزوم متغايران فيراد بالنفوذ الانعقاد وباللزوم الصحة فبيع المكره نافذ أى منعقد لصدوره من أهله فى محله والمنعقد منه صحيح : ومنه فاسد ، وهذا العقد فاسد ، لأن من شروط الصحة الرضا ، وهو هنا مفقود فإذا وجد صح ولزم ، وهذا موافق لما مر أن النافذ مقابل للموقوف ، فإن الموقوف كما فى بيوع البحر مالا حكم له ظاهرا يعنى لايفيد حكمه قبل وجود ماتوقف عليه ، وهذا يفيد حكمه وهو الملك قبل الرضا لكن بشرط القبض كما فى سائر البيوع الفاسدة وهذا منها عندنا كما صرحوا به قاطبة خلافا لزفر :

فظهر بهذا التقرير : أن اللزوم أمر وراء النفاذ كما حققه ابن الكمال حيث نقل عن شرح الطحاوى أنه إذا تداولته الأيدى ، فله فسخ العقود كلها وأيا أجازه جازت كلها لأنها كانت نافذة إلا أنه كان له الفسخ لعدم الرضا اه فهذا صريح فى أن النفاذ كان موجودا قبل الرضا ، وأن الموقوف على الرضا أمر آخر ، وهو لزومها وصحتها فتعين أن يفسر قوله نفذ بلزم وبالجملة فالرضا شرط اللزوم لاالنفاذ ، ولكن هذا مخالف لما فى كتب الأصول كالتوضيح والتلويح والتقرير وشرح التحرير وشروح المنار حيث قالوا إن بيع المكره ينعقد فاسدا لعدم الرضا الذى هو شرط النفاذ ، فلو أجازه بعد زوال الإكراه صريحا أو دلالة بقبض الثمن أو تسليم المبيع طوعا صح لتمام الرضا والفساد كان لمعنى وقد زال اه وهذا موافق لما قاله المصنف ، ولقول صدر الشريعة إن الإكراه يمنع النفاذ فالمراد فى كلامهم بالنفاذ اللزوم فهما بمعنى واحد وهو الصحة . وبه يحصل التوفيق بينه وبين مافى شرح الطحاوى وظهر به أن تعبير المصنف بقوله : نفذ كالوقاية والدرر لااعتراض عليه ، ولا لوم لموافقته لكلام القوم ، واندفع تشنيع ابن الكمال المار على صدر الشريعة بالكلمات الفظيعة والله تعالى الموفق لاريب سواه (قوله أن مالا يصح مع الهزل) كالبيع والشراء (قوله وما يصح) أى مع الهزل وهو مايستوى فيه الجد والهزل كالطلاق

(لكنه يخالف البيع الفاسد فى أربع صور يجوز بالإجازة) القولية والفعلية (و) الثانى : إنه (ينقض تصرف المشترى منه) وإن تداولته الأيدى (و) الثالث : (تعتبر القيمة وقت الإعتاق دون وقت القبض و) الرابع : (الثمن والثمن أمانة فى يد المكره) لأخذه بإذن المشترى فلا ضمان بلا تعد بخلافها فى الفاسد بزازية (أمر السلطان إكراه وإن لم يتوعده وأمر غيره لا إلا أن يعلم المأمور بدلالة الحال أنه لو لم يمتثل أمره يقتله أو يقطع يده أو يضربه ضربا يخاف على نفسه أو تلف عضوه) منية المفتى وبه يفتى ؛

وفى البزازية : الزوج سلطان زوجته فيتحقق منه الإكراه (أكره المحرم على قتل صيد فأبى حتى قتل كان مأجورا) عندالله تعالى أشباه (ولو أكره البائع) على البيع (لا المشترى وهلك المبيع فى يده

والعقاق (قوله يجوز بالإجازة) أى ينقلب صحيحا بها ، بخلاف غيره من البيوع الفاسدة كبيع درهم بدرهمين مثلا لايجوز ، وإن أجازاه لأن الفساد فيه لحق الشرع (قوله والفعلية) كقبض الثمن وتسليم المبيع طوعا (قوله المشترى منه) أى من البائع المكره (قوله وإن تداولته الأيدى) لأن الاسترداد فيه لحقه لا لحق الشرع (قوله وقت الإعتاق دون وقت القبض) مخالف لما فى البزازية حيث قال : إن احتمل النقض نقضه وإلا يحتمل يضمن المكره قيمته يوم التسليم إلى المشترى وإن شاء ضمن المشترى يوم قبضه أو يوم أحدث فيه تصرفا لايحتمل النقض ، لأنه أتلف به حق الاسترداد بخلاف المشترى شراء فاسدا حيث لايضمنه يوم الأحداث بل يوم قبضه اهـ ومثله فى غاية البيان فكان عليه أن يقول له تضمين القيمة يوم الإعتاق أو القبض (قوله الثمن) أى فيما إذا كان المكره هو البائع وقوله والمثمن أى فيما إذا كان هو المشترى (قوله أمانة فى يد المكره) وهو البائع فى الأول والمشترى فى الثانى (قوله لأخذه بإذن المشترى) أى أو البائع ح (قوله بخلافها) أى الصور الأربع ح ؛

[تنبيه] أكرها على بيع العبد وشرائه وعلى التقابض فهلك الثمن والعبد ضمنهما المكره لهما ، فإن أراد أحدهما تضمين صاحبه سئل كل عما قبض ، فإن قال كل قبضت على البيع الذى أكرهنا عليه ، ليكون لى فالبيع جائز ولا ضمان على المكره ، وإن قال قبضته مكرها لأرده على صاحبه ؛ وآخذ منه ماأعطيت ، وحلف كل لصاحبه على ذلك لم يضمن أحدهما الآخر ، وإن نكل أحدهما ، فإن كان المشترى ضمن البائع أيا شاء فإن ضمن المكره قيمته رجع بها على المشترى ، وإن ضمنها المشترى لم يرجع على المكره بها ولا على البائع بالثمن ، وإن كان الناكل البائع فإن شاء المشترى ضمن المكره الثمن ، ورجع به على البائع وإن شاء ضمنه البائع ولم يرجع به على المكره اهـ ملخصا من الهندية عن المبسوط (قوله يقتله الخ) هذا فى الإكراه الملجىء كما مر (قوله أو تلف عضوه) التلف يخاف منه لايخاف عليه فالأصوب حذف تلف أو الإتيان به على صيغة المضارع (قوله وبه يفتى) أى بأنه يتحقق الإكراه بما ذكر من غير السلطان (قوله الزوج سلطان زوجته) يعنى إن قدر على الإيقاع كما سيأتى ح قال فى البزازية : وسوق اللفظ يدل على أنه على الوفاق وعند الثانى لو بنحو السيف فإكراه ، وعند محمد إن خلا بها فى موضع لاتمتنع منه فكالسلطان اهـ ؛

قلت : وظاهر قولهم سلطان زوجته أن يتحقق بمجرد الأمر حيث خافت منه الضرر ويدل عليه ماسيذكره الشارح عن شرح المنظومة تأمل (قوله أكره المحرم) الأولى ذكرها بعد مع مسائل الإكراه على المعصية (قوله كان مأجورا) لأنه من حقوقه تعالى ثابت بنص القرآن كما يأتى فى كلام الشارح : فإن قتل الصيد فلا شىء عليه قياسا ، ولا على الآمر وفى الاستحسان على القاتل الكفارة ، وإن كانا محرمين فعلى كل كفارة ، ولو توعده بالحبس وهما محرمان ففى القياس تلزم الكفارة القاتل فقط ؛ وفى الاستحسان على كل الجزاء ولو حلالين فى الحرم فإن توعده بالقتل فالكفارة على الآمر وإن بالحبس فعلى القاتل خاصة هندية عن المبسوط (قوله لا المشترى)

ضمن قيمته للبائع) بقبضه بعقد فاسد (و) البائع المكره (له أن يضمن أياشاء) من المكره بالكسر والمشترى (فإن ضمن المكره رجع على المشترى بقيمته وإن ضمن المشترى نفذ) يعنى جاز لما مر (كل شراء بعده ولا ينفذ ماقبله) لوضمن المشترى الثانى مثلا لصيرورته ملكه فيجوز ما بعده لا ما قبله فيرجع المشترى الضامن بالثمن على بائعه بخلاف ما إذا أجاز المالك أحد البياعات حيث يجوز الجميع ويأخذ الثمن من المشترى الأول لزوال المانع بالإجازة (فإن أكره على أكل ميتة أو دم أو لحم خنزير أو شرب خمر بإكراه) غير ملجىء (بحبس أو ضرب أو قيد لم يحل) إذ لاضرورة فى إكراه غير ملجىء. نعم لايحد للشرب للشبهة (و) إن أكره بملجىء (بقتل أو قطع) عضو أو ضرب مبرح ابن كمال

فلو كان مكرها أيضا فقد مر فى قوله الثمن والمثمن أمانة وفى الخانية ولو كان المشترى مكرها دون البائع فهلك عنده بلا تعد يهلك أمانة اهـ وفى القهستانى عن الظهيرية أكره البائع فقط لم يصح إعتاقه قبل القبض وفى عكسه نفذ إعتاق كل قبله وإن أعتقا معا قبله فإعتاق البائع أولى (قوله ضمن قيمته) لو قال ضمن بدله كان أولى لأنه يشمل المثلى والقيمى طورى (قوله بقبضه بعقد فاسد) أى بسبب قبضه مختارا على سبيل التملك بعقدفاسد (قوله له أن يضمن أيا شاء) لأن المكره كالغاصب والمشترى كغاصب الغاصب وإن ضمن المشترى لايرجع على المكره زيلعى (قوله رجع على المشترى بقيمته) لأنه بأداء الضمان ملكه فقام مقام المالك المكره فيكون مالكا من وقت وجوب السبب بالاستناد زيلعى (قوله يعنى جاز) المراد هنا بالجواز الصحة لا الحل كما لا يخفى فافهم (قوله لما مر) من أنه نافذ قبل الإجازة والموقوف عليها اللزوم بمعنى الصحة بناء على ما فى شرح الطحاوى وقد مر الكلام فيه (قوله كل شراء بعده) أى لو تعدد الشراء وكذا نفذ شراء المشترى من المكره وهذه مسألة ذكرها الزيلعى مستقلة موضوعها لو تداولته الأيدى وما قبلها موضوعها فى مشتر واحد جمعهما المصنف فى كلام واحد اختصارا (قوله لو ضمن المشترى الثانى مثلا) أفاد بقوله مثلا أن له أن يضمن أيا شاء من المشترين فأيهم ضمنه ملكه كما فى التبيين (قوله أحدالبياعات) ولوالعقد الأخير أبوالسعود (قوله لزوال المانع بالإجازة) قال الزيلعى: لأن البيع كان موجودا والمانع من النفوذ حقه وقد زال المانع بالإجازة فجاز الكل، وأما إذا ضمنه فإنه لم يسقط حقه، لأن أخذ القيمة كاسترداد العين فتبطل البياعات التى قبله؛ ولايكون أخذ الثمن استردادا للبيع بل إجازة فافترقا (قوله فإن أكره على أكل ميتة الخ) الإكراه على المعاصى أنواع: نوع يرخص له فعله، ويثاب على تركه كإجراء كلمة الكفر، وشتم النبى صلى الله عليه وسلم وترك الصلاة، وكل ما ثبت بالكتاب، وقسم: يحرم فعله ويأثم بإتيانه كقتل مسلم أو قطع عضوه أو ضربه ضربا متلفا أو شتمه أو أذيته والزنا، وقسم يباح فعله ويأثم بتركه: كالخمر وما ذكر معه طورى عن المبسوط وزاد فى الخانية رابعا: وهو ما يكون الفعل وعدمه سواء كالإكراه على إتلاف مال الغيرلكنه مخالف لما سيأتى كما سننبه عليه (قوله أو شرب خمر) عبارة ابن الكمال أو شرب دم أو خمر وكتب فى هامشه الدم من المشروب قال فى المبسوط: ذكر عن مسروق قال: من اضطر إلى ميتة أو لحم خنزير أو دم ولم يأكل ولم يشرب فمات دخل النار (قوله بحبس) قال بعض المشايخ: إن محمدا أجاب هكذا بناء على ما كان من الحبس فى زمانه، فأما الحبس الذى أحدثوه اليوم فى زماننا فإنه يبيح التناول كما فى غاية البيان شرنبلالية (قوله أو ضرب) إلا على المذاكير والعين كما مر فإنه يخاف منه التلف (قوله أو ضرب مبرح) قدره بعضهم بأدنى الحد وهو أربعون سوطا ورد بأنه لاوجه للتقدير بالرأى والناس مختلفة فمنهم من يموت بأدنى منه، فلا طريق سوى الرجوع إلى رأى المبتلى كما فى التبيين.

(حل) الفعل بل فرض (فإن صبر فقتل أثم) إلا إذا أراد مغايظة الكفار فلا بأس به وكذا لو لم يعلم الإباحة بالإكراه لا يأثم لخفائه فيعذر بالجهل ، كالجهل بالخطاب فى أول الإسلام أو فى دار الحرب (كما فى المخمصة) كما قدمناه فى الحج (و) إن أكره (على الكفر) بالله تعالى أو سب النبى صلى الله عليه وسلم مجمع ، وقدورى (بقطع أوقتل رخص له إن يظهر ما أمر به) على لسانه ويورى (وقلبه مطمئن بالإيمان) ثم إن ورى لايكفر وبانت امرأته قضاء لا ديانة وإن خطر بباله التورية ولم يور كفر وبانت ديانة وقضاء نوازل وجلالية

قال فى البزازية : ويحكى عن جلاد مصر أنه يقتل الإنسان بضربة واحدة بسوطه الذى علق عليه الكعب (قوله حل الفعل) لأن هذه الأشياء مستثناة عن الحرمة فى حال الضرورة والاستثناء عن الحرمة حل ابن كمال (قوله أثم) لأن هلاك النفس أو العضو بالامتناع عن المباح حرام زيلعى (قوله إلا إذا أراد مغايظة الكفار) لم يعز الشارح هذا لأحد وقد راجعت كتبا كثيرة من كتب الفروع والأصول فلم أجده والله تعالى أعلم ثم رأيته بعد حين ولله تعالى الحمد فى كتاب مختارات النوازل لصاحب الهداية (قوله فى أول الإسلام) أى فى عهد النبى صلى الله تعالى عليه وسلم إتقانى: يعنى قبل انتشار الأحكام ، وليس المراد أول إسلام المخاطب لما قالوا تجب الأحكام بالعلم بالوجوب أو الكون فى دارنا ، وعليه فمن أسلم فى دارنا يجب عليه قضاء ما ترك من نحو صوم وصلاة قبل تعلمه ، وإن كان جهله عذرا فى رفع الإثم فافهم (قوله أو فى دار الحرب) أى فى حق من أسلم من أهلها فيها (قوله كما فى المخمصة) أى المجاعة الشديدة فإنه إن صبر أثم وهذا يشير إلى أن قوله تعالى — إلا ما اضطررتم إليه — يشمل الإكراه الملجىء لأنه من الضرورة وإن خص بالمخمصة فالإكراه ثابت بدلالة النص كما بيناه فى حاشيتنا على شرح المنار للشارح (قوله مجمع وقدورى) أى ذكر مسألة السب فى المجمع ومختصر القدورى فافهم (قوله بقطع أو قتل) أى بما يخشى منه التلف (قوله ويورى) التورية أن يظهر خلاف ما أضمر فى قلبه إتقانى . قال فى العناية فجاز أن يراد بها هنا اطمئنان القلب وأن يراد الإتيان بلفظ يحتمل معنيين اه وفيه أنه قد يكره على السجود للصنم أو الصليب ولا لفظ فالظاهر أنها إضمار خلاف ما أظهر من قول أو فعل ، لأنها بمعنى الإخفاء فهى من عمل القلب تأمل (قوله ثم إن ورى لايكفر) كما إذا أكره على السجود للصليب أو سب محمد صلى الله تعالى عليه وسلم ففعل وقال نويت به الصلاة لله تعالى ومحمدا آخر غير النبى (قوله وبانت امرأته قضاء لا ديانة) لأنه أقر أنه طائع بإتيان ما لم يكره عليه وحكم هذا الطائع ما ذكرنا هداية (قوله وإن خطر بباله التورية الخ) أى إن خطر بباله الصلاة لله تعالى وسب غير النبى ولم يور كفر ، لأنه أمكنه دفع ما أكره عليه عن نفسه ووجد مخرجا عما ابتلى به ، ثم لما ترك ما خطر على باله ، وشتم محمدا النبى صلى الله عليه وسلم كان كافرا ، وإن وافق المكره فيما أكرهه ، لأنه وافقه بعد ما وجد مخرجا عما ابتلى ، فكان غير مضطر قال فى المبسوط : وهذه المسألة تدل على أن السجود لغير الله تعالى على وجه التعظيم كفر كفاية : وبقى قسم ثالث قال فى الكفاية : وإن لم يخطر بباله شىء وصلى للصليب أوسب محمدا صلى الله عليه وسلم وقلبه مطمئن بالإيمان لم تبن منكوحته لاقضاء ولاديانة لأنه فعل مكرها لأنه تعين ما أكره عليه ولم يمكنه دفعه عن نفسه إذا لم يخطر بباله غيره اه .

وظهر من هذا أن التورية إنما تلزم عند خطورها فإذا خطرت لزمته وبقى مؤمنا ديانة ، وظهر أن التورية ليست الاطمئنان لفقدها فى الثالث ، مع وجوده فيه خلافا لما قدمناه عن العناية .

واعلم أن هذا الثالث هو المراد بقول المصنف الآتى ولاردته فلا تبين زوجته كما صرح به الزيلعى فلا ينافى ما هنا كما خفى على الشارح كما يأتى (قوله نوازل وجلالية) الأقرب عزوه إلى الهداية فإنها من المشاهير المتداولة

(ويؤجر لو صبر) لتركه الإجراء المحرم ومثله سائر حقوقه تعالى كإفساد صوم وصلاة وقتل صيد حرم أو فى إحرام وكل ما ثبتت فرضيته بالكتاب اختيار (ولم يرخص) الإجراء (بغيرهما) بغير القطع والقتل يعنى بغير الملجىء ابن كمال إذ التكلم بكلمة الكفر لا يحل أبدا (ورخص له إتلاف مال مسلم) أو ذمى اختيار (بقتل أو قطع) ويؤجر لو صبر ابن ملك (وضمن رب المال المكره) بالكسر لأن المكره بالفتح كالآلة (لا) يرخص (قتله

(قوله ويؤجر لو صبر) أى يؤجر أجر الشهداء لما روى « أن خبيبا وعمارا ابتليا بذلك فصبر خبيب حتى قتل فسماه النبى صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء » وأظهر عمار وكان قلبه مطمئنا بالإيمان فقال النبى صلى الله تعالى عليه وسلم « فإن عادوا فعد » أى إن عاد الكفار إلى الإكراه فعد أنت إلى مثل ما أتيت به أولا من إجراء كلمة الكفر على اللسان ، وقلبك مطمئن بالإيمان ابن كمال وقصتهما شهيرة (قوله لتركه الإجراء المحرم) أتى بلفظ المحرم ليفيد الفرق بينه وبين ما قبله ، فإن ذاك زالت حرمته فلذا يأثم لو صبر . فإن قيل : كما استثنى حالة الضرورة فى الميتة استثنى حالة الإكراه هنا : قلنا : ثمة استثنى من الحرمة فكان إباحة فلم يكن رخصة وهنا من الغضب ، فينتفى الغضب فى المستثنى ، ولا يلزم من انتفائه انتفاء الحرمة فكان رخصة وذكر فى الكشاف من كفر بالله شرط مبتدأ وجوابه محذوف ، لأن جواب من شرح دال عليه كأنه قيل من كفر بالله فعليهم غضب إلا من أكره فليس عليه غضب ، ولكن من شرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله كفاية (قوله كإفساد صوم) أى من مقيم صحيح بالغ فلو مسافرا أو مريضا يخاف على نفسه ، فلم يأكل ولم يشرب ، وعلم أن ذلك يسعه يكون آثما كما فى غاية البيان (قوله وصلاة) عبارة غاية البيان وكذلك المكره على ترك الصلاة المكتوبة فى الوقت إذا صبر حتى قتل وهو يعلم أن ذلك يسعه كان مأجورا اه وهذا ظاهر أما إفسادها فقد ذكروا جواز قطعها لدرهم ، ولو لغيره تأمل وقد يجاب بأن الكلام فى الأجر على الصبر لأخذه بالعزيمة وإن جاز الأخذ بالرخصة (قوله وقتل صيد حرم) بإضافة صيد إلى حرم وقوله : أو فى إحرام عطف على حرم ، وقدمنا عن الهندية الكلام عليه (قوله وكل ما ثبتت فرضيته بالكتاب) زاد الاتقانى ولم يرد نص بإباحته حالة الضرورة ، وفيه أنه ورد النص بإباحة ترك الصوم لأقل من الضرورة ، وهو السفر فينبغى أن يأثم لو صبر إلا أن يقال الكلام فى الإفساد بعد الشروع والوارد إباحته الإفطار قبله تأمل وفى غاية البيان اضطر إلى الميتة ، وهو محرم وقدر على صيد لا يقتله ويأكل الميتة (قوله يعنى بغير الملجىء) أشار بهذه العناية إلى أن القتل والقطع ليسا قيدا ، بل ما كان ملجئا فهو فى حكمهما كالضرب على العين والذكر وحبس هذا الزمان كما قاله بعض أهل بلخ والتهديد بأخذ كل المال كما بحثه القهستانى ط وقدمنا أنه نقله عن الزاهدى لا أنه بحث منه (قوله إذ التكلم بكلمة الكفر لا يحل أبدا) هذا إنما يصلح علة لقوله سابقا لترك الإجراء المحرم فالأولى ذكر ذلك بلصقه ط (قوله ويؤجر لو صبر) لأخذه بالعزيمة لأن أخذ مال الغير من المظالم وحرمة الظلم لا تنكشف ، ولا تباح بحال كالكفر إتقانى ، وفيه إشارة إلى أن ترك الإتلاف أفضل ولذا قالوا : إن تناول مال الغير أشد حرمة من شرب الخمر كما فى القهستانى عن الكرمانى وقدمنا عن الخانية أن الفعل والترك سواء وفى الخانية اضطر حال المخمصة وأراد أخذ مال الغير فمنعه صاحبه ، ولم يأخذ حتى مات يأثم اه ونقل الإتقانى أنهم فرقوا بينها وبين الإكراه وأن الفقيه أبا إسحق الحافظ كان يقول : لا فرق بين المسألتين بتأويل ما فى المخمصة على ما إذا كان صاحبه يعطيه بالقيمة ، فلم يأخذ حتى مات يأثم وكذا فى الإكراه لو كان رب المال يعطيه بالقيمة يأثم (قوله كالآلة) وذلك لأن فعل المكره آلة(١) للمكره ينقل إلى

---

(١) قوله (لأن فعل المكره آلة الخ) الذى فى خطه لأن فعل المكره فيما يصلح آلة الخ وهو الملائم لقوله بعد بخلاف مالا يصلح آلة الخ إلا أن تفظ فيما يصلح أشبه بمضروب عليه فليراجع اه مصححه .

أو سبه أو قطع عضوه وما لايستباح بحال اختيار (ويقاد فى) القتل (العمد المكره) بالكسر لو مكلفا على ما فى المبسوط خلافا لما فى النهاية (فقط) لأن القاتل كالآلة وأوجبه الشافعى عليهما ونفاه أبو يوسف عنهما للشبهة

المكره والإتلاف من هذا القبيل بأن يأخذه ويلقيه على مال الغير فيتلفه ، فصار كأن المكره باشره بنفسه فلزمه الضمان بخلاف مالايصلح آلة كالأكل والوطء، والتكلم ،ولذا لو أكره على الإعتاق ضمن المكره لأن المكره فى حق الإتلاف يصلح آلة لكن الولاء للمكره لأنه لايصلح آلة فى حق التكلم إتقانى . وفى الشرنبلالية عن السراج : حتى لو حمله مجوسى على ذبح شاة الغير لايحل أكلها اه وسيأتى خلافه (قوله أو سبه) مخالف لما فى القهستانى عن المضمرات من أنه بالملجىء يرخص شتم المسلم وأنه لوأكره على الافتراء على مسلم يرجى أن يسعه كما فى الظهيرية اه وقال فى التاترخالية : ألا ترى أنه لو أكره بمتلف أن يفترى على الله تعالى كان فى سعة فهنا أولى إلا أنه علق الإباحة بالرجاء ، وفى الافتراء على الله لم يعلق ، لأنها هناك ثابتة بالنص، وهنا ثبت دلالة قال محمد عقيب هذه المسألة ألا ترى أنه لو أكره بوعيد تلف على شتم محمد صلى الله عليه وسلم كان فى سعة إن شاء الله تعالى، وطريقه ما قلنا ولوصبر حتى قتل كان مأجورا وكان أفضل اه (قوله أو قطع عضوه) أى ولو أذن له المقطوع غير مكره فإن قطع فهو آثم ولا ضمان على القاطع ولا على المكره ، ولو أكره على القتل فأذن له فقتله أثم والدية فى مال الآمر تاترخالية ، لكن فى الخالية قال له السلطان اقطع يد فلان ، وإلا لأقتلنك وسعه أن يقطع وعلى الآمر القصاص عندهما ولا رواية عن أبى يوسف اه ثم رأيت الطورى وفق بأنه إن أكره على القطع بأغلظ منه وسعه وإن بقطع أو بدونه فلا تأمل : وأتى بضمير الغيبة العائد على غيره لما فى الهندية أكره بالقتل على قطع يد نفسه ، وسعه ذلك وعلى المكره القود ولو على قتل نفسه فقتل فلا شىء على المكره اه وفى المجمع أكره على قطع يده أى يد الغير ففعل ، ثم قطع رجله طوعا فمات يوجب أبو يوسف الدية فى ماليهما وأوجبا القصاص عليهما (قوله ويقاد فى العمد المكره فقط) يعنى أنه لايباح الإقدام على القتل بالملجىء ، ولو قتل أثم ويقتص الحامل(١) ويحرم الميراث لو بالغا ويقتص المكره من الحامل(٢) ويرثهما شرنبلالية (قوله خلافا لما فى النهاية) من قوله سواء كان الآمر بالغا أولا عاقلا أو معتوها فالقود على الآمر وعزاه للمبسوط ورده فى العناية تبعا لشيخه السكاكى صاحب المعراج نقلا عن شيخه علاء الدين عبد العزيز بأن عبارة المبسوط سواء كان المكره الخ ، وهو بفتح الراء فتوهم أنه بالكسر فعبر بالآمر ، وهو سهو يؤيده ما قال أبو اليسر فى مبسوطه ، ولو كان المكره الآمر صبيا أو مجنونا لم يجب القصاص على أحد ، لأن القاتل فى الحقيقة هذا الصبى أو المجنون وهو ليس بأهل لوجوب العقوبة عليه .

أقول : ولم يذكر الشراح حكم الدية فى هذه الصورة وفى الخالية تجب على عاقلة المكره أى بالكسر فى ثلاث سنين (قوله لأن القاتل كالآلة) أى فيما يصلح آلة وهو الإتلاف بخلاف الإثم لأنه بالجناية على دينه ، ولايقدر أحد أن يجنى على دين غيره ، وكذا لو أكره مسلم مجوسيا على ذبح شاة ، فإنه ينقل الفعل إلى المسلم الآمر فى حق الإتلاف ، فيجب عليه الضمان ، ولاينقل فى حق الحل فى الذبح فى الدين ، وبالعكس يحل زيلعى ، ومثله فى المعراج فما فى الشرنبلالية من عكسه الحكم سهو فى النقل (قوله ونفاه أبو يوسف عنهما) لكن أوجب الدية على الآمر فى ثلاث سنين خانية (قوله للشبهة) أى شبهة العدم فإن أحدهما قاتل حقيقة لاحكما والآخر بالعكس

---

(١) قوله (ويقتص الحامل) هكذا بخطه ولعله سقط من قلمه كلمة من والأصل من الحامل تأمل اه مصححه .

(٢) قوله (ويقتص المكره من الحامل) صورته : أكره رجل أخاه على قتل ابن الأخ فقتل المكره ابنه يقتص من الحامل ويرث المكره ابنه والحامل وإن كان قتلهما من جهته تأمل اه منه .

(ولو أكره على الزنا لايرخص له) لأن فيه قتل النفس بضياعها لكنه لايحد استحسانا ، بل يغرم المهر ولو طائعة لأنهما لايسقطان جميعا شرح وهبانية (وفى جانب المرأة يرخص) لها الزنا (بالإكراه الملجىء) لأن نسب الولد لاينقطع فلم يكن فى معنى القتل من جانبها بخلاف الرجل (لابغيره لكنه يسقط الحد فى زناها لازناه) لأنه لما لم يكن الملجىء رخصة له لم يكن غير الملجىء شبهة له :

[فرع] ظاهر تعليلهم أن حكم اللواطة كحكم المرأة لعدم الولد فترخص بالملجىء إلا أن يفرق بكونها أشد حرمة من الزنا لأنها لم تبح بطريق ما ولكون قبحها عقليا ولذا لاتكون فى الجنة على الصحيح قاله المصنف (وصح نكاحه وطلاقه وعتقه) لو بالقول لابالفعل كشراء قريبه ابن كمال (ورجع بقيمة العبد ونصف المسمى إن لم يطأ

وقال زفر : يقاد الفاعل لأنه المباشر (قوله ولو أكره) أى بملجىء ويدل عليه ما يجىء (قوله بضياعها) لأن ولد الزنا هالك حكما لعدم من يربيه ، فلا يستباح بضرورة ما كالقتل درر (قوله بل يغرم المهر) ولايرجع على المكره بشىء ، لأن منفعة الوطء حصلت للزانى كما لو أكره على أكل طعام نفسه جائعا تاترخانية (قوله لأنهما) أى المهر والحد لايسقطان جميعا فى دار الإسلام (قوله لاينقطع) أى عن الأم (قوله لكنه يسقط الحد فى زناها) أى بغير الملجىء ، لأنه لما كان الملجىء رخصة لها كان غيره شبهة لها (قوله لأنه لما لم يكن الملجىء رخصة له الخ) تعليل لقوله لا زناه ، وإذا لم يرخص له يأثم فى الإقدام عليه وأما المرأة هل تأثم ذكر شيخ الإسلام إن أكرهت على أن تمكن من نفسها ، فمكنت تأثم وإن لم تمكن وزنى بها فلا وهذا لو بملجىء وإلا فعليه الحد بلا خلاف لاعليها ولكنها تأثم هندية (قوله ظاهر تعليلهم) أى بأنه لايرخص للرجل ، لأن فيه قتل النفس ويرخص للمرأة لعدم قطع النسب منها (قوله أن حكم اللواطة) أى من الفاعل والمفعول ولو برجل ط (قوله فترخص بالملجىء) فى باب الإكراه من النتف لو أكره على الزنا واللواطة لايسعه وإن قتل اه فمنع اللواطة مع أنها لاتؤدى إلى هلاك الولد ولا تفسد الفراش اه هرى الدين وظاهر إطلاق النتف يعم الفاعل والمفعول ط وقد ذكر فى المنح أيضا عبارة النتف (قوله لأنها لم تبح بطريق ما) بخلاف الوطء فى القبل فإنه يستباح بعقد وبملك فافهم (قوله ولكون قبحها عقليا) لأن فيها إذلالا للمفعول ويأبى العقل ذلك ، وقد انضم قبحها العقلى إلى قبحها طبعا ، فإنه محل نجاسة وفرث وإخراج لامحل حرث وإدخال وطهارة وإلى قبحها شرعا ط (قوله وصح نكاحه) فلو أكره عليه بالزيادة بطلت الزيادة وأوجبها الطحاوى ، وقال : يرجع بها على المكره بزازية (قوله لو بالقول لابالفعل الخ) تبع ابن الكمال فى ذكره ذلك هنا ، وصوابه ذكره بعد قوله ورجع بقيمة العبد ، لأن الفرق بينهما فى الرجوع وعدمه لافى صحة العتق وعبارة الأشباه سالمة من هذا الاشتباه حيث قال : أكره على الإعتاق فله تضمين المكره إلا إذا أكره على شراء من يعتق عليه باليمين أو بالقرابة اه :

وفى البزازية أكره على شراء ذى رحمه أو من حلف بعتقه وقيمته ألف على أن يشترى بعشرة آلاف ، فاشترى عتق ولزمه ألف لا عشرة ، لأن الواجب فيه القيمة لا الثمن ، ولايرجع بشىء على المكره لأنه دخل فى ملكه قبل ما خرج اه (قوله ورجع بقيمة العبد) يعنى فى صورة الإكراه على الإعتاق لأنه صلح له آلة فيه من حيث الإتلاف فانضاف إليه ابن كمال والولاء للمأمور لما مر عن الإتقانى ، ويرجع بالقيمة عليه ولو معسرا لأنه ضمان إتلاف ، ولايرجع المكره على العبد بما ضمن لوجوبه عليه بفعله ، ولاسعاية على العبد وتمامه فى الزيلعى (قوله ونصف المسمى إن لم يطأ) لأن ماعليه كان على شرف السقوط بوقوع الفرقة من جهتها بمعصية كالارتداد وتقبيل ابن الزوج ، وقد تأكد ذلك بالطلاق ، فكان تقريرا للمال من هذا الوجه فيضاف تقريره إلى المكره والتقرير

ونذره ويمينه وظهاره ورجعته وإيلاؤه وفيؤه فيه) أى فى الإيلاء بقول أو فعل (وإسلامه) ولو ذميا كما هو إطلاق كثير من المشايخ وما فى الخانية من التفصيل فقياس والاستحسان صحته مطلقا فليحفظ (بلا قتل لو رجع) للشبهة ، كما مر فى باب المرتد (وتوكيله بطلاق وعتاق)

كالإيجاب ، فكان متلفا له فيرجع عليه ، وقيد بالمسمى ، لأنه إن لم يكن مسمى فيه ورجع عليه بما لزمه من المتعة ابن كمال وقيد بقوله إن لم يطأ لأنه إن وطئ لايرجع ، لأن المهر تقرر هنا بالدخول لا بالطلاق زيلعى ، والمراد بالوطء ما يعم الخلوة وفيه إشارة إلى أن الحامل أجنبى ، فلو كان زوجة لم يكن لها شىء عليه وهذا إذا أكرهت بالملجئ وأما بغيره فعليه نصف المهر كما فى الظهيرية قهستانى (قوله ونذره) أى بكل طاعة كالصوم والصدقة والعتق وغيرها ، لأنه مما لا يحتمل الفسخ فلا يتأتى فيه أثر الإكراه قهستانى لأنه من اللاتى هزلهن جد ولايرجع على المكره بما لزمه لأنه لامطالب له فى الدنيا فلايطالب هو به فيها زيلعى (قوله ويمينه وظهاره) أى اليمين على الطاعة أو المعصية ، وذلك لأن اليمين والظهار لايعمل فيهما الإكراه ، لأنهما لايحتملان الفسخ ، فيستوى فيهما الجد والهزل زيلعى (قوله ورجعته) لأنها استدامة النكاح ، فكانت ملحقة به زيلعى (قوله وإيلاؤه وفيؤه فيه) لأن الإيلاء يمين فى الحال ، وطلاق فى المآل والفىء فيه كالرجعة فى الاستدامة ولو بانت بمضى أربعة أشهر ، ولم يكن دخل بها لزمه نصف المهر ، ولايرجع على المكره لتمكنه من الفىء فى المدة وكذا الخلع لأنه طلاق أو يمين من جانب الزوج ، وكل ذلك لايؤثر فيه الإكراه ثم إن كانت المرأة غير مكرهة لزمها البدل زيلعى. وفى البزازية أكرهت على أن قبلت من الزوج تطليقة بألف وقعت رجعية ولاشىء عليها (قوله بقول أو فعل) كذا قال أيضا فى شرحه على الملتقى ، والذى فى عامة الكتب كشروح الهداية وشروح الكنز والدرر والمنح تخصيصه القول ولعل وجهه كون الكلام فيما لايؤثر فيه الإكراه من الأقوال فليس التقييد احترازيا لأن الفعل أقوى من القول فإذا لم يحتمل القول الفسخ فالفعل أولى وهكذا يقال فى الرجعة تشمل القول والفعل لكن الكلام فى الأقوال تأمل (قوله وما فى الخانية من التفصيل) من أنه لو حربيا يصح ولو ذميا فلا ومثله فى مجمع الفتاوى عن المبسوط ، وجعل المستأمن كالذمى ، وبين فى المنح وجه الفرق بأن إلزام الحربى بالإسلام ليس بإكراه لأنه بحق بخلاف الذمى فإنه لا يجبر عليه (قوله والاستحسان صحته مطلقا) قال الرملى : وقد علم أن العمل على جواب الاستحسان إلا فى مسائل ليست هذه منها فيكون المعول عليه اه والفرق بينه وبين الكفر أن الإسلام يعلو ولايعلى عليه وهذا فى الحكم وفيما بينه وبين الله تعالى لايصير مسلما سائحانى (قوله وتوكيله بطلاق وعتاق الخ) مقتضاه أنه لو أكره على التوكيل بالنكاح يصح وينعقد ، ولكن لم أره منقولا كذا فى حاشية أبى السعود على الأشباه ، عن حاشية الشيخ صالح ، ويخالفه ما فى حاشية المنح للرملى حيث قال . أقول : لم يتعرض كغيره للنكاح ، ولم أر من صرح به ، والظاهر أن سكوتهم عنه لظهور أنه لا استحسان فيه بل هو على القياس اه .

أقول : علة الاستحسان تشمل جميع أنواع الوكالة ، فإنهم قالوا القياس أن لاتصح الوكالة لأنها تبطل بالهزل فكذا مع الإكراه كالبيع وأمثاله ، ووجه الاستحسان أن الإكراه لا يمنع انعقاد البيع ، ولكن يوجب فساده فكذا التوكيل ينعقد مع الإكراه والشروط الفاسدة لاتؤثر فى الوكالة لكونها من الإسقاطات ، فإذا لم يبطل نفذ تصرف الوكيل اه . ثم رأيت الرملى نفسه ذكر فى حاشيته على البحر فى باب الطلاق الصريح أن الظاهر أنه كالطلاق والعتاق لتصريحهم بأن الثلاث تصح مع الإكراه ، ثم ذكر ما قدمناه ثم قال : فانظر إلى علة الاستحسان

وما فى الأشباه من خلافه فقياس والاستحسان وقوعه والأصل عندنا أن كل مايصح مع الهزل يصح مع الإكراه لأن مايصح مع الهزل لا يحتمل الفسخ وكل مالا يحتمل الفسخ لايؤثر فيه الإكراه وعدها أبو الليث فى خزانة الفقه ثمانية عشر وعديناها فى باب الطلاق نظما عشرين (لا) يصح مع الإكراه (إبراؤه مديونه أو) إبراؤه (كفيله) بنفس أومال لأن البراءة لاتصح مع الهزل وكذا لوأكره الشفيع أن يسكت عن طلب الشفعة فسكت لا تبطل شفعته (و) لا (ردته) بلسانه وقلبه مطمئن بالإيمان (فلا تبين زوجته) لأنه لايكفر به

فى الطلاق تجدها فى النكاح فيكون حكمهما واحدا تأمل(١)اه .

ثم اعلم أن المكره يرجع على المكره استحسانا ولاضمان على الوكيل ، ولو أكره بملجىء على توكيل هذا ببيع عبده بألف ، وعلى الدفع إليه فباع الوكيل وأخذ الثمن فهلك العبد عند المشترى ، وهو والوكيل طائعان ضمن أى الثلاثة شاء ، فإن ضمن المشترى لايرجع بالقيمة على أحد بل بالثمن على الوكيل ، وإن ضمن الوكيل رجع على المشترى بالقيمة ، وهو عليه بالثمن ، فيتقاصان ويترادان الفضل ، وإن ضمن المكره رجع على المشترى أو على الوكيل ولو الإكراه بغير ملجىء لم يضمن المكره شيئا وإنما للمولى تضمين الوكيل القيمة ويتقاص مع المشترى بالثمن أو تضمين المشترى ، ثم لارجوع للمشترى على أحد اه ملخصا من الهندية عن المحيط (قوله وما فى الأشباه من خلافه) وهوعدم الوقوع بطلاق الوكيل وإعتاقه (قوله يصح مع الإكراه) أى فيما عدا مسألة الوكالة لما علمت من خروجها عن القياس (قوله لايؤثر فيه الإكراه) أى من حيث منع الصحة ، لأن الإكراه يفوت الرضا وفواته يؤثر فى عدم اللزوم وعدمه يمكن المكره من الفسخ ، فالإكراه يمكن المكره من الفسخ بعد التحقق فما لا يحتمل الفسخ لايعمل فيه الإكراه منح (قوله وعديناها) صوابه عددناها لأنه من العد لا من التعدية (قوله نظما) هو لصاحب النهر وعبارته هناك نظم فى النهر ما يصح مع الإكراه فقال :

طلاق وإيلاء ظهار ورجعة ... نكاح مع استيلاد عفو عن العمد
رضاع وأيمان وفىء ونذره ... قبول لإيداع كذا الصلح عن عمد
طلاق على جعل يمين به أتت ... كذا العتق والإسلام تدبير للعبد
وإيجاب إحسان وعتق فهذه ... تصح مع الإكراه عشرين فى العد

أقول : والتحقيق أنها خمسة عشر للتداخل ، ولأن قبول الإيداع ليس منها كما فى النهر والمذكور منها فى عامة الكتب عشرة نظمها ابن الهمام بقوله :

يصح مع الإكراه عتق ورجعة ... نكاح وإيلاء طلاق مفارق
وفىء ظهار واليمين ونذره ... وعفو لقتل شاب منه مفارق

وزدت عليه الخمسة الباقية بقولى :

رضاع وتدبير قبول لصلحه ... كذلك إيلاد والاسلام فارق

(قوله أو إبراؤه كفيله) وكذا قبول الكفالة على ماأفتى به الحامدى وغيره ، وكذا قبول الحوالة على مافى حوالة البحر صائحانى (قوله لأن البراءة تصح مع الهزل) لأنها إقرار بفراغ الذمة فيؤثر فيها الإكراه (قوله لاتبطل شفعته) فإذا زال الإكراه فإن طلب عند ذلك وإلا بطلت ، وكذا لو أكره على تسليمها بعد طلبها لاتبطل هندية وغيرها (قوله ولا ردته الخ) ذكره ليفرع عليه قوله فلا تبين زوجته وإلا فقد مر مايغنى عنه (قوله لأنه لايكفر به)

---

(١) أقول : لكن تأمل هذا مع مايأتى من الهندية فإن الظاهر أن توكيله ببيع العبد لم يصح مع الإكراه ولذا كان له تضمين أى الثلاثة شاء ، ويبعد أن يقال لايصح بيع المكره ويصح توكيله بالبيع ، فعلم أن الاستحسان لايجرى فى جميع أنواع الوكالة ، فهذا يؤيد مابحثه الرملى أولا لكن قد يقال إن الاستحسان إنما هو فى الوكالة على نحو الطلاق والعتاق مما ليس من المعاوضات المالية والحاصل أن المحل يحتاج إلى زيادة تحرير وهذا غاية ماوصل إليه فهمنا القاصر ، والله تعالى أعلم اه منه .

والقول له استحسانا :

قلت : وقدمنا على النوازل خلافه فلعله قياس فتأمل :

(أكره القاضي رجلا ليقر بسرقة أو بقتل رجل بعمد أو) ليقر (بقطع يد رجل بعمد فأقر بذلك فقطعت يده أو قتل) على ما ذكر (إن كان المقر موصوفا بالصلاح اقتص من القاضي وأن متهما بالسرقة معروفا بها وبالقتل لا) يقتص من القاضي استحسانا للشبهة خانية :

(قيل له إما أن تشرب هذا الشراب أو تبيع كرمك فهو إكراه إن كان شرابا لا يحل) كالخمر (وإلا فلا) قنية قال : وكذا الزنا وسائر المحرمات :

(صادره السلطان ولم يعين بيع ماله فباعه صح) لعدم تعينه والحيلة أن يقول من أين أعطي ولا مال لي فإذا

ذكر الضمير ، لأن المراد التلفظ اللساني قال في الهداية : لأن الردة تتعلق بالاعتقاد ، ألا ترى لو كان قلبه مطمئنا بالإيمان لا يكفر ، وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البينونة بالشك (قوله والقول له) أي لو ادعت تبدل اعتقاده وأنكر هو فالقول له (قوله استحسانا) والقياس أن يكون القول قولها حتى يفرق بينهما لأن كلمة الكفر سبب لحصول الفرقة ، فيستوي فيه الطائع والمكره كلفظة الطلاق. ووجه الاستحسان أن هذه اللفظة غير موضوعة للفرقة ، وإنما تقع الفرقة باعتبار تغير الاعتقاد والإكراه دليل على عدم تغيره ، فلا تقع الفرقة ولهذا لا يحكم عليه بالكفر زيلعي (قوله وقدمنا عن النوازل الخ) الذي قدمه عن النوازل أنه إن ورى بانت قضاء فقط وإلا مع خطورها بباله بانت ديانة أيضا . وقدمنا أنه بقي قسم ثالث : وهو ما إذا لم يخطر بباله شيء أصلا وأتى بما أكره به مطمئنا ، فلا بينونة ولا كفر أصلا وصرح الزيلعي بأن هذا هو المراد بالمذكور في المتن كما قدمناه فلا منافاة أصلا (قوله أكره القاضي) قيد به لأنه الذي يقيم الحدود في العادة وإلا فكل متغلب كذلك ولا فرق بين كونه بملجيء أو غيره لما في التاترخانية عن التجريد : أكره بضرب أو حبس حتى يقر بحد أو قصاص فهو باطل ، فإن خلاه ثم أخذه فأقر به إقرارا مستقبلا أخذ به (قوله على ما ذكر) أي بناء على إقراره مكرها (قوله وإن متهما الخ) أي ولا بينة عليه هندية (قوله لا يقتص من القاضي استحسانا) ولكنه يضمن جميع ذلك في ماله ، كما في الهندية عن المحيط (قوله للشبهة) أي شبهة أنه فعل ما أقر به مع دلالة الحال عليه (قوله قيل له الخ) أي أكره بملجيء على فعل أحد هذين الفعلين (قوله فهو إكراه) أي فيخير بين الفسخ والإمضاء بعد زوال الإكراه ، لأن حرمة الشرب قطعية فلم يكن راضيا بالبيع تأمل . وهل يسعه الشرب ، وترك البيع ؟ الظاهر : نعم لأن الشرب يباح عند الضرورة تأمل ، وفي الخانية : أكره بالقتل على الطلاق أو العتاق ، فلم يفعل حتى قتل لا يأثم ، لأنه لو صبر على القتل ، ولم يتلف مال نفسه يكون شهيدا فلأن لا يأثم إذا امتنع عن إبطال ملك النكاح على المرأة كان أولى اهـ (قوله وكذا الزنا وسائر المحرمات) أي لو أكرهه على البيع أو الزنا ونحوه فباع يكون مكرها ، وهذا في الترديد بين محرم وغيره ، ولم يذكر لو ردد له بين محرمين أو غير محرمين . وفي الخانية : أكره بملجيء على كفر أو قتل مسلم لم يقد استحسانا ، وتجب الدية في ماله في ثلاث سنين إن لم يعلم أنه يرخص له إجراء الكفر مطمئنا ، وإن علم قيل يقتل وقيل لا ، ولو على قتل أو زنا لا يفعل واحدا منهما لأن كلا لا يباح بالضرورة ، فإن زنى لا يحد استحسانا وعليه المهر ، وإن قتل يقتل الآمر لأنه لا يخرج عن كونه مكرها ولو على قتل أو إتلاف مال الغير له أن لا يتلف ولو المال أقل من الدية لأنه مرخص لا مباح . فإن قتل يقتل به إذ لا يرخص ، وإن أتلف ضمن الآمر ولو على طلاق قبل الدخول أو عتق غرم الآمر الأقل من قيمة العبد ومن نصف المهر وإن كان دخل لا يلزم الآمر شيء اهـ ملخصا (قوله صادره السلطان) أي طالبه بأخذ ماله قال في القاموس : صادره على كذا طالبه به (قوله لعدم تعينه) أي البيع إذ يمكنه أداء ما طلبه منه بالاستقراض ونحوه (قوله والحيلة) أي ليكون بيعه فاسدا ولا بد فيه

قال الظالم بع كذا فقد صار مكرها فيه بزازية :

(خوفها الزوج بالضرب حتى وهبته مهرها لم تصح) الهبة (إن قدر الزوج على الضرب) وإن هددها بطلاق أو تزوج عليها أوتسر فليس بإكراه خانية وفى مجمع الفتاوى منع امرأته المريضة عن المسير إلى أبويها إلا أن تهبه مهرها فوهبته بعض المهر فالهبة باطلة ، لأنها كالمكره :

قلت : ويؤخذ منه جواب حادثة الفتوى : وهى زوج بنته البكر من رجل فلما أرادت الزفاف منعها الأب إلا أن يشهد عليها أنها استوفت منه ميراث أمها فأقرت ثم أذن لها بالزفاف فلايصح إقرارها لكونها فى معنى المكرهة وبه أفتى أبو السعود مفتى الروم قاله المصنف فى شرح منظومته تحفة الأقران فى بحث الهبة : (المكره بأخذ المال لايضمن) ما أخذه (إذا نوى) الآخذ وقت الأخذ (أنه يرد على صاحبه وإلا يضمن وإذ اختلفا) أى المالك والمكره (فى النية فالقول للمكره مع يمينه) ولايضمن مجتبى : وفيه المكره على الأخذ والدفع إنما يبيعه ما دام حاضرا عنده المكره ، وإلا لم يحل لزوال القدرة والإلجاء بالبعد منه وبهذا تبين أنه لاعذر لأعوان الظلمة فى الأخذ عند غيبة الأمير أو رسوله فليحفظ :

[فروع] أكره على أكل طعام نفسه إن جائعا لارجوع

أيضا من أن يكرهه على التسليم وقبض الثمن وإلا نفذ البيع كما مر متنا (قوله فقد صار مكرها فيه) أى فى البيع لما مر أن أمر السلطان إكراه وإن لم يتوعده فافهم (قوله بالضرب) قيده فى الخانية بالمتلف والظاهر أنه اتفاقى (قوله فليس بإكراه) لأن كل فعل من هذه الأفعال جائز شرعا والأفعال الشرعية لاتوصف بالإكراه ط :

قلت : نعم ولكن يدخل عليها غما يفسد صبرها ، ويظهر عذرها وقد مر أن البيع ونحوه يفسد بما يوجب غما بعدم هذه الرضا ، ويدل عليه مايذكره بعده ، فإن منع المريضة عن أبويها ومنع البكر عن الزفاف لا يغمها أكثر من الأفعال ولكن لامدخل للعقل مع النقل : هذا وقدمنا أن ظاهر قولهم الزوج سلطان زوجته أنه يكفى فيه مجرد الأمر حيث كانت تخشى منه الأذى والله تعالى أعلم (قوله وبه أفتى أبو السعود) وكذلك الرملى وغيره ونظمه فى فتاواه بقوله :

ومانع زوجته عن أهلها لتهب المهر يكون مكرها
كذاك منع والد لبنته خروجها لبعلها من بيته

ثم قال : وأنت تعلم أن البيع والشراء والإجارة كالإقرار والهبة وأن كل من يقدر على المنع من الأولياء ، كالأب للعلة الشاملة فليس قيدا ، وكذلك البكارة ليست قيدا كما هو مشاهد فى ديارنا من أخذ مهورهن كرها عليهن حتى من ابن ابن العم وإن بعد وإن منعت أضربها أو قتلها اه (قوله المكره بأخذ المال) الأولى التعبير بعلى ط (قوله لايضمن) بل الضمان على الآمر (قوله فالقول للمكره مع يمينه) لإنكاره الضمان ومثله لو أكره على قبول الوديعة أو الهبة وقال : قبضتها لأردها إلى مالكها كما فى الخانية (قوله مادام حاضرا عنده المكره) قال فى الهندية عن المبسوط : فإن كان أرسله ليفعل فخاف أن يقتله إن ظفر به إن لم يفعل لم يحل ، إلا أن يكون رسول الآمر معه على أن يرده عليه إن لم يفعل ، ولو لم يفعل حتى قتل كان فى سعة إن شاء الله تعالى ، ولو هدده بالحبس أو القيد لم يسعه الإقدام اه (قوله لزوال القدرة والإلجاء بالبعد) لكن يخاف عوده وبه لايتحقق الإكراه بزازية (قوله إن جائعا لارجوع) فإن قلت : يشكل بما لو كان الطعام للغير حيث يضمن الآمر مع أن النفع للمأمور: قلت: هناك أكل طعام الآمر ، لأن الإكراه على الأكل إكراه على القبض ، لعدم إمكانه بدونه فكأنه قبضه وقال له كل وهنا لايمكن جعل الآمر غاصبا قبل الأكل ، لأنه لايمكن وهو فى يده أو فمه فصار آكلا طعام

وإن شبعانا رجع بقيمته على المكره لحصول منفعة الأكل له فى الأول لا الثانى :

قال أهل الحرب لنبى أخذوه : إن قلت لست بنبى تركناك وإلا قتلناك لايسعه قول ذلك وإن قيل لغير نبى إن قلت هذا ليس بنبى تركنا نبيك وإن قلت نبى قتلناه وسعه لامتناع الكذب على الأنبياء :

قال حربى لرجل إن دفعت جاريتك لأزنى بها دفعت لك ألف أسير لم يحل :

أقر بعتق عبده مكرها لم يعتق فى الأصح وهل الإكراه بأخذ المال معتبر شرعا ظاهر القنية نعم وفى الوهبانية :

إن يقل المــديون إنى مرافع لتبرئ فالإكراه معنى مصور

وصح قوله إنى مرافع الخ قد غيرت بيت الوهبانية إلى قولى :

وإن يقل المديون إن لم تهبه لى أرافعك فالإكراه معنى مصور

فى الاستحسان إســلام مكره ولا قتل إن يرتد بعد ويجبر اهـ منه

كتاب الحجر

(هو) لغة : المنع

نفسه إلا أنه إن كان شبعانا فقد أكره على إتلاف ماله فيضمن الآمر بزازية ملخصا (قوله وإن شبعانا) صرفه لأن مؤنثه قابل للتاء كما فى القاموس فافهم (قوله لامتناع الكذب على الأنبياء) تعليل لقوله لايسعه ، أى لأن قول النبى حجة على الخلق فلا يباح الكذب بخلاف غيره فلذلك يسعه خانية (قوله لم يحل) أى دفع الجارية ، لأن هذا ليس إكراها حتى يرخص لها الزنا ، ولم يكره على الدفع : وأما الأسارى فالله تعالى قادر على تخليصهم وتصبيرهم على بليتهم ط (قوله لم يعتق) لأن الإقرار يفسده الإكراه كما مر ، وكذا لو أكره ليقر بطلاق أو نذر أو حد أو قطع أو نسب لايلزمه شئ خانية (قوله ظاهر القنيـة نعم) وعبارتها ف ع متغلب قال لرجل : إما أن تبيعنى هذه الدار أو أدفعها إلى خصمك فباعها منه ، فهو بيع مكره إن غلب على ظنه تحقيق ما أوعده ، قال رضى الله تعالى عنه : فهذه إشارة إلى أن الإكراه بأخذ المال إكراه شرعا وفى بط ألفاظ متعارضة الدلالة ولم أجد فيه رواية إلا هذا القدر اهـ وظاهره عدم اشتراط كونه كل المال وقدمنا عن القهستانى مايخالفه . وفى الهندية عن المبسوط قال الفقيه أبو الليث : إن هدد السلطان وصى يتيم بملجئ ليدفع ماله إليه ففعل لم يضمن ، ولو بأخذ مال نفسه إن علم أنه يأخذ بعض ماله ويترك مايكفيه لايسعه ، فإن فعل ضمن مثله وإن خشى أخذ جميع ماله فهو معذور وإن أخذه السلطان بنفسه لاضمان على الوصى فى الوجوه كلها (قوله إنى مرافع) أى مرافعك للحاكم أى وكان ظالما يؤذى بمجرد الشكاية كما فى القنية (قوله لتبرئ) ظاهره أنه علة للمرافعة ولا يصح ، لأن المعنى إن لم تبرئنى أرافعك فالعلة عدم الإبراء ، ويمكن جعله علة لقوله وإن يقل لكن كان الظاهر أن يقال ليبرئ بضمير الغائب تأمل (قوله وصح) إلى آخر البيت مكرر مع قوله المار وإسلامه سوى قوله ويجبر أى على الإسلام بالحبس والله سبحانه وتعالى أعلم :

كتاب الحجر

أورده بعد الإكراه ، لأن فى كل سلب ولاية المختار عن الجرى على موجب الاختيار والإكراه أقوى ، لأن فيه السلب ممن له اختيار صحيح وولاية كاملة فكان بالتقديم أحرى (قوله هو لغة المنع) يقال حجر عليه حجرا من باب قتل منعه من التصرف ، فهو محجور عليه والفقهاء يحذفون الصلة تخفيفا ومنه سمي الحطيم حجرا بالكسر ،

مطلقا وشرعا : (منع من نفاذ تصرف قولى) لافعلى لأن الفعل بعد وقوعه لايمكن رده فلا يتصور الحجر عنه ؛
قلت : يشكل عليه الرقيق لمنع نفاذ فعله فى الحال بل بعد العتق كما صرح به فى البدائع

لأنه منع من الكعبة وكذا العقل لمنعه من القبائح (قوله مطلقا) ولو عن الفعل أو عما هو مطلوب ط (قوله وشرعا منع من نفاذ تصرف قولى) أى من لزومه فإن عقد المحجور ينعقد موقوفا ، والنافذ أعم من اللازم قهستانى ؛ وقدمنا مافيه فى الإكراه ؛

والحاصل أن المنع من ثبوت حكم التصرف فلا يفيد الملك بالقبض ، وفيه أنه لايشمل سوى العقود الدائرة بين النفع والضر ، مع أن القول قد يلغو أصلا كطلاق الصبى ، وقد يصح كطلاق العبد فالمناسب فى تعريفه مافى الإيضاح بقوله : وفى اصطلاح الفقهاء عبارة عن منع مخصوص بشخص مخصوص عن تصرف مخصوص أو عن نفاذه ؛ وتفصيله أنه منع للرقيق عن نفاذ تصرفه الفعلى الضار وإقراره بالمال فى الحال ، وللصغير والمجنون عن أصل التصرف القولى إن كان ضررا محضا وعن وصف نفاذه إن كان دائرا بين الضرر والنفع اه وكتب فى هامشه الحجر على مراتب أقوى ، وهو المنع عن أصل التصرف ، ومتوسط وهو المنع عن وصفه وهو النفاذ وضعيف وهو المنع عن وصف وصفه وهو كون النفاذ حالا اه وقد أدخل فى التعريف المنع عن الفعل كما ترى ، ودخل فيه نحو الزنا والقتل فى حق الصبى والمجنون ، فإنه محجور عليهما بالنسبة لحكمه ، وهو الحد والقصاص كما فى الجوهرة ، ويظهر لى أن هذا هو التحقيق ، فإنه إن جعل الحجر هو المنع من ثبوت حكم التصرف ، فما وجه تقييده بالقولى ونفى الفعلى ، مع أن لكل حكما ؟ وبهذا يندفع ما استشكله الشارح من أصله . وأما ماعلل به من قوله لأن الفعل بعد وقوعه ، لايمكن رده نقول الكلام فى منع حكمه لامنع ذاته ، ومثله القول لايمكن رده بذاته بعد وقوعه بل رد حكمه ؛

فإن قلت : قيد بالقولى لأن الأفعال لايحجر عنها كلها فإن مايوجب الضمان منها يؤاخذ بها . قلت : وكذلك القول بعضه غير محجور عنه كالذى تمحض نفعا كقبول الهبة والهدية والصدقة إلا أن يفرق بالقلة والكثرة فليتأمل (قوله لمنع نفاذ فعله فى الحال) كاستهلاكه للأموال فإنه صدق عليه منع النفاذ فى الحال ، مع أنه فعل لاقول ، ونفاذه فى المآل لاينافى وجود المنع فى الحال ، وإلا لزم أن لايصح قولنا محجور عن الإقرار مثلا فى حق المولى فافهم وهذا من المنع عن وصف الوصف كما قدمناه (قوله بل بعد العتق الخ) أى بل ينفذ بعده ، لأن توقفه كان لحق المولى وقد زال ؛

ثم اعلم أن الذى يتوقف هو إقراره بالمال كما يأتى وكذا مطالبته بالمهر لو تزوج بلا إذن مولاه ودخل بها كما ذكره الزيلعى في باب نكاح الرقيق وكأنه لما كان برضاها صارت راضية بتأخير المهر ؛ وأما ماذكره عن البدائع تبعا لابن الكمال ، من أنه لو أتلف مال الغير لايؤاخذ به فى الحال ، فهو المتبادر من التبيين والدرر ، ويخالفه مانقله المصنف عن ابن ملك من أنه مؤاخذ فى الحال بما استهلكه ؛ وسيأتى مثله فى المأذون عن العمادية قال الرملى : ومثله فى النهاية والجوهرة والبزازية والخلاصة والولوالجية ثم قال : والحاصل أن النقل مستفيض فى هذه المسألة بالضمان فى الحال فيباع أو يفديه المولى اه ملخصا . ومثله فى الحامدية عن السراج ثم قال : وفى التاترخانية من الكفالة : فإن كان له كسب يوفى ذلك من كسبه وإلا تباع رقبته بدين الاستهلاك إلا أن يقضيه المولى اه وفى القنية من باب أمر الغير بالجناية رامزا لبكر خواهر زاده : عبد محجور جنى على مال فباعه المولى بعد علمه بالجناية ، فهو فى رقبة العبد يباع فيها على من اشتراه بخلاف الجناية على النفس ؛ وفى التاترخانية من التاسع من الجنايات فرق بين الجناية على الآدمى وبين الجناية على المال ، ففى الأول خير المولى بين الدفع والفداء وفى الثانى خير بين الدفع

اللهم إلا أن يقال الأصل فيه ذلك لكنه أخر لعتقه لقيام المانع فتأمل :

(وسببه صغر وجنون) يعم القوى والضعيف كما فى المعتوه وحكمه كمميز كما سيجىء فى المأذون (ورق فلايصح طلاق صبى ومجنون مغلوب) أى لايفيق بحال وأما الذى يجن ويفيق فحكمه كمميز نهاية (و) لا (إعتاقهما

والبيع اهـ (قوله اللهم إلا أن يقال) أى فى الجواب عن الإشكال وهذه الصيغة تؤتى فى صدر جواب فيه ضعف كأنه يطلب من الله تعالى صحته (قوله الأصل فيه ذلك) أى الأصل فى فعله النفاذ فى الحال لما يأتى أن الرق ليس بسبب للحجر فى الحقيقة (قوله لكنه) أى النفاذ أخر لعتقه أى لوقت عتقه أو إليه لقيام المانع وهو حق المولى (قوله وسببه صغر وجنون) اعلم أن الله تبارك وتعالى جعل بعض البشر ذوى النهى ، وجعل منهم أعلام الدين وأئمة الهدى ومصابيح الدجا ، وابتلى بعضهم بما شاء من أسباب الردى كالجنون الموجب لعدم العقل والصغر والعته الموجبان(١) لنقصانه ، فجعل تصرفهما غير نافذ بالحجر عليهما ، ولولا ذلك لكان معاملتهما ضررا عليهما بأن يستجر من يعاملهما مالهما باحتياله الكامل ، وجعل من ينظر فى مالهما خاصا كالأب وعاما كالقاضى ، وأوجب عليه النظر لهما ، وجعل الصبا والجنون سببا للحجر عليهما كل ذلك رحمة منه ولطفا والرق ليس بسبب للحجر فى الحقيقة لأنه مكلف محتاج كامل الرأى كالحر غير أنه وما فى يده ملك المولى ، فلا يجوز له أن يتصرف لأجل حق المولى والإنسان إذا منع عن التصرف فى ملك الغير لايكون محجورا عليه كالحر ، لايقال إنه محجور عليه ، مع أنه ممنوع عن التصرف فى ملك الغير ، ولهذا يؤخذ العبد بإقراره بعد العتق ، لزوال المانع وهو حق المولى ولعدم نفوذه فى الحال وتأخره إلى مابعد الحرية جعله من المحجور عليهم زيلعى (قوله يعم القوى والضعيف) أشار إلى أن سبب الحجر هو مطلق الجنون كما فى الإيضاح ، وأراد بالقوى المطبق وبالضعيف غيره ، أو أراد بالقوى القسمين وبالضعيف العته فقوله : كما فى المعتوه الكاف فيه للتنظير على الأول ، وللتمثيل على الثانى تأمل . واختلفوا فى تفسير المعتوه وأحسن ماقيل فيه هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير إلا أنه لايضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون درر (قوله وحكمه كمميز) أى حكم المعتوه كالصبى العاقل فى تصرفاته وفى رفع التكليف عنه زيلعى (قوله فلا يصح طلاق صبى) أى ولو مميزا (قوله ومجنون مغلوب الخ) قد يذكر هذا القيد ويراد به الغلبة على العقل ، فيحترز به عن المعتوه كما وقع فى الهداية ، حيث قال : ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال ، وقد يراد به من صار مغلوبا للجنون ، بحيث لايفيق أى لايزول عنه مابه من الجنون قويا كان أو ضعيفا ، فيدخل فيه المعتوه ويحترز به عمن يجن ويفيق فإنه يجوز تصرفه على مايأتى فمن احترز به عن المعتوه فقد وهم لظنه أن المراد فى الكلامين واحد مع أن طلاق المعتوه أيضا لايصح كذا أفاده ابن الكمال وتبعه الشارح (قوله وأما الذى يجن ويفيق فحكمه كمميز) ومثله فى المنح والدرر وغاية البيان وكذا فى المعراج حيث فسر المغلوب بالذى لايعقل أصلا ثم قال : واحترز به عن المجنون الذى يعقل البيع ويقصده فإن تصرفه كتصرف الصبى العاقل على مايجىء فيتوقف إلى إجازة الولى اهـ وهذا هو المعتوه كما قدمناه وبه صرح فى الكفاية ، وجعله الزيلعى فى حال إفاقته كالعاقل والمتبادر منه أنه كالعاقل البالغ ، وبه اعترض الشرنبلالى على الدرر ، فلا تتوقف تصرفاته ووفق بينهما الرحمتى والسائحانى بحمل ماهنا على ما إذا لم يكن تام العقل فى حال إفاقته . وما ذكره الزيلعى على ما إذا كان تام العقل ووفق الشلبى فى حاشية الزيلعى بحمل ماهنا على ما إذا لم يكن لإفاقته وقت معلوم ، وما فى شرح الزيلعى على ما إذا كان لها وقت معلوم : أى لأنه فى الأول لايتحقق صحوه . أقول والذى يحل عقدة الإشكال ماقدمناه عن

---

(١) (قوله الموجبان) هكذا بخطه ولعل الظاهر الموجبين كما لايخفى اهـ مصححه .

وإقرارهما) نظرا لهما (وصح طلاق عبد وإقراره فى حق نفسه فقط) لاسيده (فلو أقر بمال أخر إلى عتقه) لو لغير مولاه ولو له هدر (وبحد وقود أقيم فى الحال) لبقائه على أصل الحرية فى حقهما (ومن عقد) عقدا يدور بين نفع وضر كما سيجىء فى المأذون (منهم)

ابن الكمال فإنه إن أريد بالمغلوب من غلب على عقله : أى الذى لايعقل أصلا فيراد بالذى يجن ويفيق ناقص العقل وهو المعتوه كما صرح به صاحب الكفاية وغيره حيث قال : والمجنون الذى يجن ويفيق ، وهو المعتوه الذى يصلح وكيلا عن غيره ، وهو قد يعقل البيع ، ويقصده وإن كان لايرجح المصلحة على المفسدة اه ومعنى إفاقته على هذا أنه يعقل بعض الأشياء دون بعض والمعتوه فى تصرفاته كمميز كما مر فلهذا جعله شراح الهداية مثله وإن أريد به من لايفيق من جنونه الكامل أو الناقص ، فيحترز به عمن يفيق أحيانا أى يزول عنه مابه بالكلية ، وهذا كالعاقل البالغ فى تلك الحالة ، وهو محمل كلام الزيلعى ، ومنشأ الاشتباه عدم التفرقة بين الكلامين فاغتنم هذا التحقيق وبالله التوفيق . وبه ظهر أنه كان ينبغى للشارح أن يقول : فحكمه كعاقل أى فى حال إفاقته كما قاله الزيلعى ليظهر للتقييد بالمغلوب فائدة فإنه حيث كان غير المغلوب كمميز لايصح طلاقه ولا إعتاقه كالمغلوب ، وأما مانقله عن النهاية فهو موافق لعبارة الهداية حيث لم يخصص فيها بعض التصرفات بالذكر .

والحاصل أنه يتعين أن يحترز بالمغلوب فى عبارة الهداية عن المعتوه وفى عبارة المصنف عن الذى زال مابه بالكلية فتدبر (قوله وإقرارهما) أى المغلوب والصبى والمراد الصبى المحجور ، فلو مأذونا يصح إقراره كالمعتوه والعبد المأذون كما يأتى آخر كتاب المأذون (قوله نظرا لهما) علة لقوله لايصح (قوله وصح طلاق عبد) لأنه أهل ويعرف وجه المصلحة فيه ، وليس فيه إبطال ملك المولى ، ولا تفويت منافعه درر (قوله فى حق نفسه فقط) قيل الواجب إسقاطه ليكون التفصيل الآتى بيانا لإجمال صحة الإقرار اه تأمل (قوله لاسيده) أى لافى حق سيده رعاية لجانبه لأن نفاذة لايعرى عن تعلق الدين برقبته أو كسبه وكلاهما إتلاف ماله درر (قوله فلو أقر) أى العبد المحجور لأن الكلام فيه ، وقد علم من عدم صحة إقرار الحر الصغير عدم صحة إقرار العبد الصغير بالأولى (قوله أخر إلى عتقه) لوجود الأهلية حينئذ وارتفاع المانع (قوله هدر) أى لايلزمه شىء بعد عتقه لما تقرر أن المولى لايستوجب على عبده مالا درر (قوله وبحد وقود) أى بما يوجبهما والواو بمعنى أو ولهذا أفرد الضمير فى قوله أقيم (قوله أقيم فى الحال) وحضرة المولى ليست بشرط ، وهذا إذا أقر وأما إذا أقيم عليه البينة فحضرة المولى شرط عندنا وقال أبو يوسف : ليست بشرط جوهرة ، وفيها قتل رجلا عمدا ووجب القصاص فأعتقه المولى لايلزمه شىء ، ولو كان للقتيل وليان فعفا أحدهما بطل حقه وانقلب نصيب الآخر مالا وله أن يستسعى العبد فى نصف قيمته ، ولا يجب على المولى شىء لأنه انقلب مالا بعد الحرية ، ويجب نصف القيمة لأن أصل الجناية كان فى حال الرق . ولو أقر بقتل خطأ لم يلزم المولى شىء وكان فى ذمة العبد يؤخذ به بعد الحرية كذا فى الخجندى . وفى الكرخى إقراره بجناية الخطأ وهو مأذون أو محجور باطل فإن أعتق لم يتبع بشىء من الجناية اه وسيأتى تمامه فى كتاب الجنايات إن شاء الله تعالى (قوله فى حقهما) أى الحد والقود لأنهما من خواص الآدمية وهو ليس بمملوك من حيث إنه آدمى وإن كان مملوكا من حيث إنه مال ، ولهذا لايصح إقرار المولى عليه بهما وإذا بقى على أصل الحرية فيهما ينفذ إقراره لأنه أقر بما هو حقه وبطلان حق المولى ضمنى كفاية (قوله يدور بين نفع وضر) أما النفع المحض فيصح كقبوله الهبة والصدقة وكذا إذا آجر نفسه ومضى على ذلك العمل وجبت الأجرة استحسانا ويصح قبول بدل الخلع من العبد المحجور بغير إذن المولى ، لأنه نفع محض ، وتصح عبارة الصبى فى مال غيره وطلاقه وعتاقه إذا كان وكيلا جوهرة

من هؤلاء المحجورين (وهو يعقله) يعرف أن البيع سالب للملك والشراء جالب (أجاز وإليه أورد) وإن لم يعقله فباطل نهاية (وإن أتلفوا) أى هؤلاء المحجورين سواء عقلوا أولا درر (شيئا) مقوّما من مال أو نفس (ضمنوا) إذ لاحجر فى الفعلى لكن ضمان العبد بعد العتق على١٠ مر . وفى الأشباه : الصبى المحجور مؤاخذ بأفعاله فيضمن ما أتلفه من المال للحال وإذا قتل فالدية على عاقلته إلا في مسائل : لو أتلف ما اقترضه وما أودع عنده بلا إذن وليه وما أعير له وما بيع منه بلا إذن ويستثنى من إيداعه ما إذا أودع صبى محجور مثله وهى ملك غيرهما

(قوله من هؤلاء المحجورين) المراد الصبى والرقيق فأطلق لفظ الجمع على الاثنين كقوله تعالى — فإن كان له أخوة — والمراد أخوان وقيل المراد العبد والصبى والمجنون الذى يفيق جوهرة (قوله يعرف أن البيع سالب الخ) سيأتى فى المأذون قيد آخر وزاد فى الجوهرة : ويعلم أنه لايجتمع الثمن والمثمن فى ملك واحد قال فى شاهان : ومن علامة كونه غير عاقل إذا أعطى الحلوانى فلوسا فأخذ الحلوى وبقى يقول أعطنى فلوسى وإن ذهب ولم يسترد الفلوس فهو عاقل اهـ (قوله أجاز وليه) أى إن لم يكن فيه غبن فاحش ، فإن كان لايصح وإن أجازه الولى بخلاف اليسير جوهرة وسيأتى بيان الولى آخر المأذون وأنه يصح إذن القاضى وإن أبى الأب (قوله أى هؤلاء المحجورين) صوابه المحجورون (قوله ضمنوا) فلو أن ابن يوم انقلب على قارورة إنسان مثلا فكسرها يجب الضمان عليه فى الحال ، وكذا العبد والمجنون إذا أتلفا شيئا لزمهما ضمانه فى الحال كذا فى النهاية ويوافقه مافى الكافى عزمية (قوله لكن ضمان العبد بعد العتق) يعنى فى إتلافه المال أما فى النفس فيقتص منه فى الحال إن جنى على النفس بما يوجب القصاص ويدفع أو يفدى إن جنى عليها بما لايوجب القصاص أو جنى على الطرف عمدا أو خطأ ح (قوله على مامر) أى عن البدائع وعلمت أنه مخالف لما فى النهاية وغيرها ووفق بينهما ط والسائحانى بحمل مافى البدائع على ما إذا ظهر بإقراره لما فى الغاية إذا كان الغصب ظاهرا يضمن فى الحال فيباع فيه ، ولو ظهر بإقراره لايجب إلا بالعتق كذا قال الفقيه (قوله مؤاخذ بأفعاله) هذا من باب خطاب الوضع ، وهو لايتوقف على التكليف لأن الخطاب نوعان خطاب وضع وخطاب تكليف كما فى جمع الجوامع (قوله وإذا قتل) أى الصبى المحجور وليس التقييد بالحجر فى هذه احترازيا حتى لو كان مأذونا له فى التجارة فالحكم كذلك أبو السعود على الأشباه (قوله إلا فى مسائل) استثناء من قوله فيضمن أى فلا يضمن فى هذه ، لأنه مسلط من المالك كما أفاده فى الأشباه . لكن فى أبى السعود عن القنية أنها ضمان عقد عندهما ، والصبى ليس من أهل إلزام الضمان ، وعند أبى يوسف ضمان فعل وهو من أهل التزام الفعل اهـ. وفى التاترخانية : أودع صبيا أو عبدا مالا فاستهلكه لم يضمن عند محمد وقال أبو يوسف : يضمن العبد بعد العتق والصبى بعد زوال الحجر اهـ فتأمل وسنذكر له تتمة آخر كتاب المأذون (قوله لو أتلف مااقترضه) أطلق الجواب فى نسخ أبى حفص ، وفى نسخ أبى سليمان أنه قولهما وفى قول أبى يوسف : هو ضامن وهو الصحيح بيرى عن الذخيرة والظاهر أنه تصحيح لنقل الخلاف لالقول أبى يوسف تأمل قال أبو السعود عن شرح تنوير الأذهان : ولو أتلف مال غيره بلا سبق إيداع أو إقراض ضمن بالإجماع (قوله وما أودع عنده) احترز به عما إذا أتلف ماأودع عند أبيه ، فإنه يضمنه وأطلق عدم الضمان فى الوديعة وهو مقيد بما سوى العبد والأمة ، أما إذا كانت عبدا أو أمة واستهلكه يضمن إجماعا بيرى عن البدائع قال الحموى : وفى أحكام الصغار للأسروشنى مايخالفه حيث قال : صبى محجور أودع عبدا فقتله فعلى عاقلته القيمة ولو طعاما فأكله لايضمن اهـ .

قلت : وقد يوفق بأن الضمان إجماعاً على العاقلة تأمل (قوله بلا إذن وليه) يغنى عنه مابعده فلو أذن وليه فى أخذ الوديعة يضمن اتفاقا كما فى المصفى أبو السعود (قوله ويستثنى من إيداعه الخ) يستثنى أيضا ما إذا كانت عبدا بناء على مافى البدائع (قوله مثله) أى صبيا محجورا وهو بالنصب مفعول أول لأودع والثانى محذوف :

فللمالك تضمين الدافع والآخذ (ولا يحجر حر مكلف بسفه) هو تبذير المال وتضييعه على خلاف مقتضى الشرع أو العقل درر ولو فى الخير كأن يصرفه فى بناء المساجد ونحو ذلك فيحجر عليه عندهما وتمامه فى فوائد شتى فى الأشباه (وفسق ودين) وغفلة (بل) يمنع (مفت ماجن) يعلم الحيل الباطلة كتعليم الردة لتبين من زوجها أو لتسقط عنها الزكاة (وطبيب جاهل ومكار مفلس

أى وديعة (قوله فللمالك تضمين الدافع أو الآخذ) قال فى جامع الفصولين وهى من مشكلات إيداع الصبى ؛ وأجاب فى الأشباه بأنه لم يوجد فيها التسليط من مالكها بخلاف مامر وأورد عليه بأنه وجد التسليط بنفس الدفع إلى الأول كما فى الحموى ؛

قلت : مدفوع إذ لو دفعه المالك إلى الأول لم يكن له تضمينه كما مر فى المستثنيات (قوله ولا يحجر حر الخ) فى بعض النسخ على حر ؛

واعلم أن الحجر عند أبى حنيفة على الحر العاقل البالغ لايجوز بسبب السفه والدين والفسق والغفلة وعندهما يجوز بغير الفسق ، وعند الشافعى يجوز بالكل كفاية ، وأما الحجر على المفتى الماجن وأخويه فليس بحجر اصطلاحى كما يأتى وظاهر الدرر أن عندهما أيضا يحجر عليه بالفسق ، وهو مخالف لعامة الكتب كما نبه عليه فى العزمية وكلام المصنف والشارح هنا مجمل فتأمل (قوله هو تبذير المال الخ) فارتكاب غيره من المعاصى كشرب الخمر والزنا لم يكن من السفه المصطلح فى شىء قهستانى ، والمراد أنه كان رشيدا ثم سفه لما يأتى متنا أنه لو بلغ غير رشيد لم يسلم إليه ماله الخ (قوله على خلاف مقتضى الشرع أو العقل) كالتبذير والإسراف فى النفقة وأن يتصرف تصرفات لالغرض أو لغرض لايعده العقلاء من أهل الديانة غرضا كدفع المال إلى المغنين واللعابين وشراء الحمامة الطيارة بثمن غال والغبن فى التجارات من غير محمدة : وأصل المسامحات فى التصرفات والبر والإحسان مشروع إلا أن الإسراف حرام كالإسراف فى الطعام والشراب قال تعالى — إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا — كفاية (قوله فيحجر عليه عندهما) مستدرك مع مايأتى مع عدم صحة التفريع أيضا ح (قوله وتمامه الخ) هو ماذكرناه آنفا عن الكفاية (قوله وفسق) أى من غير تبذير مال فإن الفاسق أهل للولاية على نفسه وأولاده عند جميع أصحابنا وإن لم يكن حافظا لماله قهستانى (قوله ودين) وإن زاد على ماله وطلب الغرماء من القاضى الحجر عليه قهستانى (قوله وغفلة) أى لايحجر على العاقل بسبب غفلة وهو ليس بمفسد ولا يقصده لكنه لايهتدى إلى التصرفات الرابحة فيغبن فى البياعات لسلامة قلبه زيلعى (قوله بل يمنع) أشار به إلى أنه ليس المراد به حقيقة الحجر ، وهو المنع الشرعى الذى يمنع نفوذ التصرف ، لأن المفتى لو أفتى بعد الحجر وأصاب جاز ، وكذا الطبيب لو باع الأدوية نفذ فدل أن المراد المنع الحسى كما فى الدرر عن البدائع (قوله ماجن) قال فى الجمهرة مجن الشىء يمجن مجونا إذا صلب وغلظ وقولهم رجل ماجن كأنه مأخوذ من غلظ الوجه وقلة الحياء وليس بعربى محض ابن كمال (قوله كتعليم الردة الخ) وكالذى يفتى عن جهل شرنبلالية عن الخانية (قوله وطبيب جاهل) بأن يسقيهم دواء مهلكا وإذا قوى عليهم لايقدر على إزالة ضرره زيلعى (قوله ومكار مفلس) بأن يكرى إبلا وليس له إبل ولا مال ليشتريها به ، وإذا جاء أوان الخروج يخفى نفسه جوهرة فمنع هؤلاء المفسدين للأديان والأبدان والأموال دفع إضرار بالخاص والعام ، فهو من الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر كما فى القهستانى وغيره قيل وألحق بهذه الثلاثة ثلاثة أخرى : المحتكر ، وأرباب الطعام إذا تعدوا فى البيع بالقيمة ، وما لو أسلم عبداً لذمى وامتنع من بيعه باعه القاضى اهـ ؛

وعندهما يحجر على الحر بالسفه و) الغفلة و (به) أي بقولهما (يفتى) صيانة لماله وعلى قولهما المفتى به (فيكون فى أحكامه كصغير) ثم هذا الخلاف فى تصرفات تحتمل الفسخ ويبطلها الهزل وأما ما لا يحتمله ولا يبطله الهزل فلا يحجر عليه بالإجماع فلذا قال (إلا فى نكاح وطلاق وعتاق واستيلاد وتدبير

قلت : وباب الأمر بالمعروف أوسع من هذا تأمل نعم ينبغى ذكر المريض فإنه ممنوع عن التصرف فيما فوق الثلث .

[تنبيه] يعلم من هذا عدم جواز ماعليه أهل بعض الصنائع والحرف من منعهم من أراد الاشتغال فى حرفتهم وهو متقن لها أو أراد تعلمها فلا يحل التحجير كما أفتى به فى الحامدية (قوله وعندهما يحجر على الحر) أى العاقل البالغ . قال فى الجوهرة : ثم اختلفا فيما بينهما قال أبو يوسف : لايحجر عليه إلا بحجر الحاكم ، ولا ينفك حتى يطلقه ؛ وقال محمد : فساده فى ماله يحجره وإصلاحه فيه يطلقه والثمرة فيما باعه قبل حجر القاضى يجوز عند الأول لا الثانى (قوله بالسفه والغفلة) أى والدين كما يأتى وعبر بعضهم عن الغفلة بالفساد ليس المراد به الفسق فافهم قال فى الدر المنتقى : ويشترط لصحة الحجر عندهما القضاء بالإفلاس ، ثم الحجر بناء عليه ، ولا يشترط ذلك فى الحجر بالسفه مع كونه يعم جميع الأموال ، وأما الحجر بالدين فيخص المال الموجود ، حتى ينفذ تصرفه فى مال حدث بعده بالكسب كما يعلم من القهستانى والبرجندى فليحفظ اه .

وفى التاترخانية : الحجر بالدين يفارق الحجر بالسفه من وجوه ثلاثة : أحدها ، أن حجر السفيه لمعنى فيه وهو سوء اختياره لا لحق الغرماء بخلافه بسبب الدين فيفتقر للقضاء الثانى : أن المحجور بالسفه إذا أعتق عبدا ووجبت عليه السعاية وأدى لايرجع بما سعى على المولى بعد زوال الحجر بخلاف المحجور بالإفلاس ؛ الثالث : أن المحجور بالدين لو أقر حالة الحجر ينفذ إقراره بعد زوال الحجر وكذا حالة الحجر فيما سيحدث له من المال حالة الحجر والمحجور بالسفه لا يجوز إقراره لاحال الحجر ولا بعده ولا فى المال القائم ولا الحادث اه ملخصا .

قلت : ويزاد مامر من توقف الحجر بالدين على القضاء أى على قول أبى يوسف لكونه لحق الغرماء ، بخلاف الحجر بالسفه لأنه لحقه فلا يتوقف كما أشير إليه فيما مر وظاهر كلامهم ترجيحه على قول محمد (قوله به) أى بقولهما يفتى به صرح قاضيخان فى كتاب الحيطان ، وهو صريح فيكون أقوى من الالتزام كذا قال الشيخ قاسم فى تصحيحه : ومراده أن ماوقع فى المتون من القول بعدم الحجر على الحر مصحح بالالتزام وما وقع فى قاضيخان من التصريح بأن الفتوى على قولهما تصريح بالتصحيح فيكون هو المعتمد ، وجعل عليه الفتوى مولانا فى فوائده منح ، وفى حاشية الشيخ صالح ، وقد صرح فى كثير من المعتبرات بأن الفتوى على قولهما وفى القهستانى عن التوضيح أنه المختار اه وأفتى به البلخى وأبوالقاسم كما ذكره فى المنح عن الخانية قبيل قوله الآتى والقاضى يحبس الحر المديون (قوله كصغير) أى يعقل ومثله البالغ المعتوه كما فى حواشى الأشباه (قوله إلا فى نكاح وطلاق) فإن سمى جاز منه مقدار مهر المثل وبطل الفضل ، وإن طلقها قبل الدخول وجب نصف المسمى ، لأن التسمية صحيحة فى مقدار مهر المثل ، وكذا لو تزوج أربع نسوة أو تزوج كل يوم واحدة فطلقها لأن التزوج من حوائجه الأصلية زيلعى (قوله وعتاق) وعلى العبد أن يسعى فى قيمته عند محمد وهو الصحيح طورى (قوله واستيلاد) بأن ولدت جاريته فادعاه ثبت نسبه وصارت أم ولده وتعتق من جميع ماله بموته ولا تسعى هى ولا ولدها فى شىء لأن ثبوت نسب الولد شاهد لها ؛ ولو لم يكن معها ولد فقال هذه أم ولدى لم تبع وسعت بموته فى كل قيمتها بمنزلة المريض زيلعي وهي ثلث قيمتها قنا جوهرة (قوله وتدبير) ويسعي بموت المولي غير رشيد فى قيمته

ووجوب زكاة) وفطرة (وحج وعبادات وزوال ولاية أبيه أو جده وفى صحة إقراره بالعقوبات وفى الإنفاق وفى صحة وصاياه بالقرب من الثلث فهو) أى فى هذه (كبالغ) وفى كفارة كعبد أشباه :

والحاصل أن كل ما يستوى فيه الهزل والجد ينفذ من المحجور ومالا فلا إلا بإذن القاضى خانية (فإن بلغ) الصبى (غير رشيد لم يسلم إليه ماله

مدبرا وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا وقيل نصفها وعليه الفتوى جوهرة لكن سيأتى صحة وصاياه بالقرب من الثلث والتدبير منها. وفى الطورى عن المحيط قال مشايخنا : هذا أى سعيه إذا كان أهل الصلاح يعدون هذه الوصية إسرافاً فإن كانوا لايعدونها إسرافاً بل معهودا حسنا لا يسعى فى قيمته إذا كان يخرج من الثلث (قوله ووجوب زكاة) ويدفعها القاضى إليه ليفرقها لأنها عبادة لابد فيها من نيته ولكن يبعث معه أمينا كى لا يصرفها فى غير وجهها هداية (قوله وفطرة) فيه أنها تجب على الصغير حتى لو لم يخرجها وليه وجب الأداء بعد البلوغ كما مر فى بابها فليست مما خالف فيها الصغير إلا أن يقال المخاطب بها وليه تأمل (قوله وحج) لأنه واجب بإيجاب الله تعالى من غير صنعه ولا يمنع من عمرة واحدة فيها استحسانا ولا من القران لأنه لايمنع من إفراد السفر لكل واحدة منهما ، فلا يمنع من الجمع بينهما للخلاف فى وجوبها ، ويسلم النفقة إلى ثقة لئلا يتلفها ، فإن جامع قبل الوقوف يدفع القاضى نفقة الرجوع ، ولا تلزمه الكفارة إلا بعد زوال الحجر ، وإن أفسد العمرة يقضيها بعد زواله أيضا وتمامه فى الجوهرة ولو أحرم بحجة تطوع دفع إليه من النفقة مقدار مالو كان فى منزله ، ويقال له إن شئت فاخرج ماشيا إلا أن يكون القاضى وسع فى النفقة فقال أنا أكرى بذلك الفضل وأنفق على نفسى فلا يمنع من ذلك طورى (قوله وعبادات) أى بدنية لامالية ولا مركبة منهما أيضا . ففى شرح المفتاح لابن السبكى : كل موضع يدعى فيه أنه من عطف العام على الخاص يراد بالعام ماعدا ذلك الخاص ؛ فيكون من عطف المباين قال : وهذا هو التحقيق حموى وبه صرح فى السعدية أبو السعود :

قلت : فيكون من العام المخصوص أو المراد به الخصوص وهل الأول حقيقة فى الباقى أو مجاز كالثانى ؟ خلاف بينته فى حاشية شرح المنار أول بحث العام هذا وفى استثناء الحج والعبادات نظر فإنها تصح من الصغير أيضا إلا أن يقال المراد صحتها على سبيل الوجوب تأمل (قوله وزوال ولاية أبيه أوجده) يعنى عدم ولايتهما عليه بخلاف الصغير حموى أى فإن ولايتهما عليه ثابتة (قوله وفى صحة إقراره بالعقوبات) كما لو أقر على نفسه بوجوب القصاص فى نفس أو فيما دونها حموى (قوله وفى الإنفاق) أى على نفسه وولده وزوجته ومن تجب عليه نفقته من ذوى أرحامه من ماله شرح تنوير الأذهان وفى بعض النسخ وفى الإيقاف من أوقف ، لكن فى الأشباه إن وقفه باطل واختلفوا فيما لو كان بإذن القاضى فصححه البلخى وأبطله أبوالقاسم اهـ (قوله وفى صحة وصاياه بالقرب من الثلث) يعنى إذا كان له وارث والقياس أن لاتجوز وصيته كتبرعاته : وجه الاستحسان أن الحجر عليه لمعنى النظر له كى لايتلف ماله ويبقى كلا على غيره ، وذلك فى حياته لافيما ينفذ من الثلث بعد وفاته حال استغنائه وذلك إذا وافق وصايا أهل الخير والصلاح كالوصية بالحج أو للمساكين أو بناء المساجد والأوقاف والقناطر والجسور : وأما إذا أوصى بغير القرب لاتنفذ عندنا طورى (قوله كبالغ) أى غير محجور وإلا فهو بالغ ح (قوله وفى كفارة كعبد) فلو حلف وحنث أو نذر نذراً من هدى أو صدقة أو ظاهر من امرأته لايلزمه المال ويكفر يمينه وغيرها بالصوم زيلعى (قوله والحاصل الخ) مستغنى عنه بقوله ثم هـذا الخلاف الخ لكن أعاده لقوله إلا بإذن القاضى وإنما حصره به لما مر من زوال ولاية أبيه وجده (قوله لم يسلم إليه ماله الخ) هذا بالإجماع كما فى الكفاية ، وإنما الخلاف فى تسليمه له بعد خمس وعشرين سنة كما يأتى فلو بلغ مفسدا وحجر عليه أولا فسلمه إليه فضاع ضمنه

حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة فصح تصرفه قبله) أى قبل المقدار المذكور من المدة (وبعده يسلم إليه) وجوبا يعنى لو منعه منه بعد طلبه ضمن وقبل طلبه لاضمان كما يفيده كلام المجتبى وغيره قاله شيخنا (وإن لم يكن رشيدا)وقالا لايدفع حتى يؤنس رشده ولايجوز تصرفه فيه (والرشد) المذكور فى قوله تعالى - فإن آنستم منهم رشدا - (هو كونه مصلحا فى ماله فقط) ولو فاسقا قاله ابن عباس (والقاضى يحبس الحر المديون ليبيع ماله لدينه وقضى دراهم دينه من دراهمه) يعنى بلا أمره ، وكذا لو كان دنانير (وباع دنانيره بدراهم دينه وبالعكس استحسانا) لاتحادهما فى الثمنية (لا) يبيع القاضى (عرضه ولا عقاره) للدين

الوصى ، ولو دفعه إليه وهو صبى مصلح وأذن له فى التجارة فضاع فى يده لم يضمن كما فى المنح عن الخانية ؛ وفى حاشية أبى السعود معزوا للولوالجية : وكما يضمن بالدفع إليه وهو مفسد فكذا قبل ظهور رشده بعد الإدراك اهـ ؛

وسئل العلامة الشلبى : عمن بلغت وعليها وصى هل يثبت رشدها بمجرد البلوغ أم لابد من البينة؟ فأجاب : بأنه لايثبت إلا بحجة شرعية ومثله فى الخيرية ؛ وفى شرح البيرى عن البدائع لابأس للولى أن يدفع إليه شيئا من ماله ويأذن له بالتجارة للاختبار فإن آنس منه رشدا دفع إليه الباقى (قوله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة) أى مالم يؤنس رشده قبلها (قوله فصح تصرفه قبله) الأولى التعبير بالواو كما فى الكنز لكن لما كان قوله لم يسلم إليه بمعنى المنع لأن العاقل البالغ لا يحجر عليه عند الإمام وإنما هذا منع للتأديب لا حجر صح التفريع فافهم (قوله ضمن) أى إذا هلك فى يده لتعديه فى المنع ، وأما إذا بلغ فمنعه قبل أن ينكشف حاله ويعلم رشده وصلاحيته بالاختبار فهلك لايضمن قال شهاب الدين الحلبى فى فتاواه : والواجب على الوصى أن لايدفع إليه المال إلا بعد الاختبار فإذا منعه لذلك كان منعا لواجب فلا يكون متعديا وفى الخانية مايشهد له رملى (قوله قاله شيخنا) يعنى الرملى فى حاشية المنح (قوله وإن لم يكن رشيدا) لأنه قد بلغ سنا يتصور أن يصير جدا ولأن منع المال عنه للتأديب فإذا بلغ هذا السن فقد انقطع رجاء التأدب زيلعى ملخصا (قوله وقالا لايدفع) أى وإن صار شيخا وبه قالت الأئمة الثلاثة معراج (قوله ولا يجوز تصرفه فيه) أى مالم يجزه القاضى على مامر ، وهذه ثمرة الخلاف ، وتظهر أيضا فى الضمان عندهما لو دفع إليه بعد مابلغ هذه المدة مفسدا إلا عنده (قوله فإن آنستم) أى عرفتم أو أبصرتم ذكره البكرى فى تفسيره ط (قوله هو كونه مصلحا فى ماله) هو معنى مافى البيرى عن النتف الرشيد عندنا أن ينفق فيما يحل ويمسك عما يحرم ولا ينفقه فى البطالة والمعصية ولا يعمل فيه بالتبذير والإسراف (قوله فقط) أى لافى دينه أيضا خلافا للشافعى رحمه الله (قوله ولو فاسقا) تأكيد لقوله فقط وأطلقه فشمل الفسق الأصلى والطارئ كما فى الهداية وهذا مالم يكن مفسدا لماله (قوله ليبيع ماله) أطلق المال فشمل المرهون والمؤجر والمعار ؛ وكل ماهو ملك له رملى ، ولا يكون ذلك إكراها لأنه بحق كما مر فى محله إذ هو ظالم بالمنع (قوله يعنى بلا أمره) لأن للدائن أن يأخذ بيده إذا ظفر بجنس حقه بغير رضا المدين فكان للقاضى أن يعينه زيلعى (قوله وكذا لو كان) أى كل من ماله ودينه وفى نسخ : كانا بضمير التثنية (قوله استحسانا) والقياس أن لايجوز لأن هذا الطريق غير متعين لقضاء الدين فصار كالعروض (قوله لاتحادهما فى الثمنية) بيان لوجه الاستحسان ، ولهذا يضم أحدهما إلى الآخر فى الزكاة مع أنهما مختلفان فى الصورة حقيقة وهو ظاهر ، وحكما لأنه لايجرى بينهما ربا الفضل : فبالنظر للاتحاد يثبت للقاضى ولاية التصرف وبالنظر للاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الأخذ عملا بالشبهين ، بخلاف العروض ، لأن الأغراض تتعلق بصورها وأعيانها ؛

(خلافا لهما وبه) أى بقولها ببيعهما للدين (يفتى) اختيار وصححه فى تصحيح القدورى ويبيع كل ما لايحتاجه فى الحال ولو أقر بمال يلزمه بعد الديون مالم يكن ثابتا ببينة أو علم قاض فيزاحم الغرماء كمال استهلكه إذ لاحجر فى الفعل كما مر .

أقول : ورأيت فى الحظر والإباحة من المجتبى رامزا مانصه : وجد دنانير مديونه وله عليه دراهم له أن يأخذه لاتحادهما جنسا فى الثمنية اه ومثله فى شرح تلخيص الجامع الكبير للفارسى فى باب اليمين فى المساومة .

[تنبيه] قال الحموى فى شرح الكنز نقلا عن العلامة المقدسى عن جده الأشقر عن شرح القدورى للأخصب : إن عدم جواز الأخذ من خلاف الجنس كان فى زمانهم لمطاوعتهم فى الحقوق والفتوى اليوم على جواز الأخذ عند القدرة من أى مال كان لاسيما فى ديارنا لمداومتهم العقوق قال الشاعر :

عفـاء على هـذا الزمان فإنه ... زمان عقـوق لا زمان حقوق

وكل رفيق فيـه غير مرافق ... وكل صديق فيه غير صدوق ط

(قوله خلافا لهما وبه يفتى) الأولى أن يقول وقالا : يبيع وبه يفتى كما لايخفى ح (قوله أى بقولهما ببيعهما) أى العرض والعقار ، وأشار بهذا التفسير إلى أن ماعداه لاخلاف فيه (قوله اختيار) ومثله فى الملتقى (قوله ويبيع كل ما لايحتاجه فى الحال) قال فى التبيين : ثم عندهما يبدأ القاضى ببيع النقود ، ثم العروض ، ثم العقار . وقال بعضهم : يبدأ ببيع مايخشى عليه التوى من عروضه ، ثم بما لايخشى عليه ، ثم بالعقار .

فالحاصل : أنه يبيع ماكان أنظر له ويترك عليه دست من ثيابه يعنى بدلة وقيل : دستان لأنه إذا غسل ثيابه لابد له من ملبس وقالوا : إذا كان يكتفى بدونها تباع ، ويقضى الدين ببعض ثمنها ، ويشترى بما بقى ثوبا يلبسه وكذا يفعل فى المسكن وعن هذا قالوا يبيع ما لايحتاج إليه فى الحال كاللبد فى الصيف والنطع فى الشتاء ، وينفق عليه وعلى زوجته وأطفاله وأرحامه من ماله اه ملخصا قال الرحمتى : ومفاده أنه لايكلف إلى أن يسكن بالأجرة كما قالوا فى وجوب الحج تأمل اه .

وفى حاشية المدنى أقول : وكذا لو كان عنده عقارات وقف سلطانى زائدة على سكناه أو صدقات فى الدفاتر السلطانية لايؤمر ببيعها كما أفتى به غير واحد من العلماء اه أى لايؤمر بالفراغ عنها إذ لايجوز بيعها تأمل .

مطلب تصرفات المحجور بالدين كالمريض

(قوله يلزمه بعد الديون) أى يقضيه بعد قضاء الديون التى حجر لأجلها ونحوها مما ذكره بعد وهـذا مالم يكن استفاد مالا بعد الحجر ، وإلا فيقضى ما أقر به منه كما فى المواهب والهداية ، وقدمناه عن التاترخانية وشرح الملتقى وفى التاترخانية ثم إذا صح الحجر بالدين صار المحجور كمريض عليه ديون الصحة ، فكل تصرف أدى إلى إبطال حق الغرماء ، فالحجر يؤثر فيه كالهبة والصدقة . وأما البيع فإن بمثل القيمة جاز وإن بغبن فلا ويتخير المشترى بين إزالة الغبن وبين الفسخ كبيع المريض ، فإن باع من الغريم وقاصصه بالثمن جاز لو الغريم واحدا وإلا صح البيع من أحدهم لو بمثل القيمة دون المقاصصة ، وكذا لو قضى دين البعض دون البعض كالمريض اه ملخصا (قوله ببينة) بأن شهدوا على الاستقراض أو الشراء بمثل القيمة تاترخانية (قوله أو علم قاض) المعتمد عدم جواز القضاء بعلمه ط (قوله كمال استهلكه) فإن مالـكه يزاحم الغرماء ، وكذا لو تزوج امرأة بمهر مثلها ابن ملك والمراد باستهلاكه المال أنه ثبت بغير إقراره مما مر ، فلو به ففى التاترخانية أنه يسئل عن إقراره بعد ماصار مصلحا أن ماأقر به كان حقا أولا فإن قال نعم يؤاخذ به وإلا فلا ، ويجب أن يكون الجواب فى الصبى المحجور كذلك اه

(أفلس ومعه عرض شراه فقبضه بالإذن) من بائعه ولم يؤد ثمنه (فبائعه أسوة الغرماء) فى ثمنه (فإن أفلس قبل قبضه أو بعده) لـكن (بغير إذن بائعه كان له استرداده) وحبسه (بالثمن) وقال الشافعى : للبائع الفسخ ؛

(حجر القاضى عليه ثم رفع إلى) قاض (آخر فأطلقه) وأجاز ما صنع المحجور كذا فى الخانية وهو ساقط من الدرر والمنح (جاز إطلاقه) وماصنع المحجور فى ماله من بيع أو شراء قبل إطلاق الثانى أو بعده كان جائزا لأن حجر الأول مجتهد فيه فيتوقف على إمضاء قاض آخر ؛

[فروع] يصح الحجر على الغائب لـكن لاينحجر ما لم يعلم خانية ، ولايرتفع الحجر بالرشد بل بإطلاق القاضى ، ولو ادعى الرشد وادعى خصمه بقاءه على السفه وبرهنا ينبغى تقديم بينة بقاء السفه أشـباه ،

(قوله أفلس الخ) أى صار إلى حال ليس له فلوس وبعضهم قال : صار ذا فلوس بعد أن كان ذا دراهم مصباح والمراد حكم الحاكم بتفليسه ؛

واعلم أنه إنما يستوى مع الغرماء إذا كان الثمن حالا فلو مؤجلا لم يشاركهم ولـكن يشاركهم بعد الحلول فيما قبضوه بالحصص كذا فى المقدسى سائحانى (قوله كان له استرداده) أى فيما لو أفلس بعد قبضه بغير إذن وقوله وحبسه بالثمن فيما لو أفلس قبله ففيه لف ونشر على عكس الترتيب تأمل (قوله كذا فى الخانية الخ) استدراك على المتن تبعا للشرنبلالية ، حيث نقل مافى الخانية ثم قال : فقد شرط مع الاطلاق إجازة صنعه اه ؛

أقول : الذى يظهر أن الإجازة شرط لجواز صنعه لا لجواز الإطلاق والمذكور فى المتن جواز الإطلاق فلا استدراك بل هو إفادة حكم آخر تأمل (قوله لأن حجر الأول مجتهد فيه) علله فى الهداية أولا بأن الحجر منه فتوى وليس بقضاء ، لأنه لم يوجد المقضى له والمقضى عليه ، ثم قال : ولو كان قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلابد من الإمضاء قال الزيلعى : يعنى حتى يلزم ، لأن الاختلاف إذا وقع فى نفس القضاء لايلزم ، ولا يصير مجمعا عليه ، وإنما يصير مجمعا عليه أن لو كان الاختلاف موجودا قبل القضاء فيتأكد أحد القولين بالقضاء ، فلا ينقض بعد ذلك ، وأما إذا كان الاختلاف فى نفس القضاء ، فبالقضاء يحصل الاختلاف ، فلابد من قضاء آخر ليصير مجمعا عليه لقضائه بعد وجود الاختلاف هذا معناه ، ولـكن فيه إشكال هنا لأن الاختلاف فيه موجود قبل القضاء فإن محمدا يرى حجره بنفس السفه ، ولا تنفذ تصرفاته أصلا فيصير القضاء به على هذا التقدير قضاء بقول محمد فيتأكد قوله بالقضاء ، بخلاف القضاء على الغائب فإن الاختلاف فيه فى نفس القضاء هل يجوز أم لا؟ فعندنا لاينفذ وعند الشافعى يجوز فيحصل الاختلاف بالقضاء فلا يرتفع حتى يحـكم بجواز هذا القضاء اه (قوله مالم يعلم) أى بالحجر قال فى البزازية : فلو أخبره عدل وصدقه انحجر ، وإن لم يصدقه فـكذلك ثم قال ولا فرق بين الإذن والحجر فى أنه يصير مأذونا إذا ترجح الصدق فى خبره عند العبد أو صدقه ، ذكره الفقيه أبو بكر البلخى ، وعليه الفتوى والاعتماد خلافا لمن يفرق بينهما اه . ثم إن هذا مبنى على قول أبى يوسف لما مر أن السفيه ينحجر عند محمد بلا قضاء (قوله ولا يرتفع الحجر بالرشد الخ) هذا أيضا قول أبى يوسف ، خلافا لمحمد كما قدمناه عن الجوهرة مع بيان ثمرة الخلاف (قوله ولو ادعى الرشد) يعنى بعد ماحجر عليه القاضى ادعى أنه صار رشيدا ليبطل حجره (قوله أشباه) استدل فيها على ذلك بما فى المحيط عند ذكره دليل أبى يوسف على أن السفيه لاينحجر إلا بحجر القاضى من أن الظاهر زوال السفه ، لأن عقله يمنعه . قال فى الأشباه : وكل بينة شهد لها الظاهر لم تقبل اه ؛

أقول : الظاهر أن ظهور زوال السفه فيما إذا كان قبل الحكم يدل عليه سياق كلام المحيط ، أما بعد الحـكم كما هو موضوع المسألة فى الأشباه فقد تأكد وثبت فالأصل بقاؤه ، ويدل عليه أن الحجر بعد ثبوته لايرتفع عند

وفى الوهبانية :

ومن يدعى إقراره قبل يحجر ... فمن يدّعيه وقله فهو أجدر
ولو باع والقاضى أجاز وقال لا ... تؤدّى فما أدّاه من بعد يخسر

فصـــل

(بلوغ الغلام بالاحتلام والإحبال والإنزال) والأصل هو الإنزال (والجارية بالاحتلام والحيض والحبل) ولم يذكر الإنزال صريحا لأنه قلما يعلم منها (فإن لم يوجد فيهما) شيء (فحتى يتم لكل منهما خمس عشرة سنة به يفتى) لقصر أعمار أهل زماننا

أبى يوسف إلا بالقضاء ، فلو كان الأصل زواله لما احتاج إليه : ولذا قال المقدسى فى حاشية الأشباه : لم يوجد بعد الحجر من القاضى مايقتضى خلافه فالظاهر بقاؤه اهـ. وهكذا نقل الحموى عن الشيخ صالح فينبغى تقديم بينة الزوال وذكر نحوه العلامة البيرى ثم قال : ورأيت فى ذخيرة الناظر الجزم به ، ونقله أبو السعود ، وأقره وبالجملة لم نر أحدا تابع صاحب الأشباه سوى الشارح والله أعلم (قوله وفى الوهبانية الخ) الشطر الثانى من البيت الأول مغير وأصله : * فمن يدعى التأخير ليس يؤخر * ويحجر فى محل جر مضاف إلى قبل . ومعنى البيت الأول : أنه لو قال بعد صلاحه أقررت وأنا محجور بأنى استهلكت لك كذا وقال رب المال بل حال صلاحك فالقول للمقر لأنه أضافه إلى حالة معهودة تنافى صحة الاقرار ، فيكون فى الحقيقة منكراً لامقرا وكذا لو قال : أقررت لى به حال فسادك لكنه حق وقال المقر لم يكن ذلك حقا فالقول له ومعنى الثانى لو باع المحجور وأجاز القاضى بيعه لكن نهى المشترى عن دفع الثمن إليه فدفعه وهلك يضمن الثمن للقاضى لأنه لما نهاه صار حق القبض للقاضى والمحجور كالأجنبى فلو لم ينهه جاز لأن فى إجازته البيع إجازة لدفع الثمن كالوكيل بالبيع وكيل بالقبض والله سبحانه وتعالى أعلم .

فصل بلوغ الغلام بالاحتلام الخ

بتنوين فصل وبلوغ مبتدأ وما بعده خبر ومعطوف عليه والجارية مجرور عطفا على الغلام أو مرفوع على تقدير مضاف محذوف ، وإنابته منابه. والبلوغ لغة : الوصول ، واصطلاحا انتهاء حد الصغر ولما كان الصغر أحد أسباب الحجر وكان له نهاية ذكر هذا الفصل لبيانها والغلام كما قال عياض يطلق على الصبى من حين يولد إلى أن يبلغ وعلى الرجل باعتبار ماكان (قوله بالاحتلام) قال فى المعدن : الاحتلام جعل اسما لما يراه النائم من الجماع ، فيحدث معه إنزال المنى غالبا فغلب لفظ الاحتلام فى هذا دون غيره من أنواع المنام لكثرة الاستعمال اهـ ط (قوله والإنزال) بأى سبب كان (قوله والأصل هو الإنزال) فإن الاحتلام لايعتبر إلا معه وإلا حبال لايتأتى إلا به (قوله والجارية) هى أنثى الغلام (قوله صريحا) قيد به لأنه مذكور ضمنا فى الاحتلام والحبل (قوله فإن لم يوجد فيهما) أى فى الغلام والجارية شيء مما ذكر الخ مفاده : أنه لا اعتبار لنبات العانة خلافا للشافعى ، ورواية عن أبى يوسف ، ولا اللحية ، وأما نهود الثدى فذكر الحموى أنه لا يحكم به فى ظاهر الرواية ، وكذا ثقل الصوت كما فى شرح النظم الهاملى أبو السعود وكذا شعر الساق والإبط والشارب (قوله به يفتى) هذا عندهما وهو رواية عن الإمام وبه قالت الأئمة الثلاثة ، وعند الإمام حتى يتم له ثمانى عشرة سنة ولها سبع عشر سنة (قوله لقصر أعمار أهل زماننا) ولأن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما عرض على النبى صلى الله عليه وسلم يوم أحد

(وأدنى مدته له اثنتاعشرة سنة ولها تسع سنين) هو المختار كما فى أحكام الصغار (فإن راهقا) بأن بلغا هذا السن (فقالا بلغنا صدقا إن لم يكذبهما الظاهر) كذا قيده فى العمادية وغيرها فبعد ثنتى عشرة سنة يشترط شرط آخر لصحة إقراره بالبلوغ وهو أن يكون بحال يحتلم مثله وإلا لايقبل قوله شرح وهبانية (وهما) حينئذ (كبالغ حكما) فلا يقبل جحوده البلوغ بعد إقراره مع احتمال حاله فلا تنقض قسمته ولا بيعه وفى الشرنبلالية : يقبل قول المراهقين قد بلغنا مع تفسير كل بماذا بلغ بلا يمين . وفى الخزانة أقر بالبلوغ فقبل اثنى عشرة سنة لاتصح البينة وبعده تصح اه .

كتاب المأذون

(الإذن) لغة : الإعلام وشرعا (فك الحجر) أى فى التجارة لأن الحجر لاينفك

وسنه أربعة عشر فرده ، ثم يوم الخندق وسنه خمسة عشر فقبله ولأنها العادة الغالبة على أهل زماننا وغيرها احتياط فلا خلاف فى الحقيقة والعادة إحدى الحجج الشرعية فيما لا نص فيه لص عليه الشمنى وغيره در منتقى (قوله وأدنى مدته) أى مدة البلوغ والضمير فى له للغلام وفى لها للجارية (قوله كما فى أحكام الصغار) هو اسم كتاب للأستروشنى (قوله فإن راهقا) يقال رهقه أى دنا منه رهقا ، ومنه إذا صلى أحدكم إلى سترة فليرهقها ، وصبى مراهق مدان للحلم مغرب (قوله إن لم يكذبهما الظاهر) هو معنى قوله الآتى ، وهو أن يكون بحال يحتلم مثله .

وفى المنح عن الخانية : صبى أقر أنه بالغ وقاسم وصى الميت قال ابن الفضل إن كان مراهقا ويحتلم يقبل قوله وتجوز قسمته وإن كان مراهقا ويعلم أن مثله لا يحتلم لا تجوز قسمته ولايقبل قوله ، لأنه يكذب ظاهرا وتبين بهذا أن بعد اثنتى عشرة سنة إذا كان بحال لايحتلم مثله إذا أقر بالبلوغ لايقبل اه (قوله فبعد ثنتى عشرة سنة) ادعى صاحب جامع الفصولين أن الصواب إبدال بعد بقبل زعما منه أنه شرط لغير المراهق ورده فى نور العين ونسبه إلى الوهم وقلة الفهم (قوله وفى الشرنبلالية) وعبارتها يعنى وقد فسرا ما به علما بلوغهما وليس عليهما يمين اه قال أبو السعود: والظاهر أن هذا هو المراد مما نقله الحموى عن شرح درر البحار من أنه يشترط لقبول قولهما أن يبينا كيفية المراهقة حين السؤال عنه اه .

قلت : وفى جامع الفصولين عن فتاوى النسفى عن القاضى محمود السمرقندى أن مراهقا أقر فى مجلسه ببلوغه فقال بماذا بلغت ؟ قال : باحتلام قال : فماذا رأيت بعد ما انتبهت ؟ قال: الماء قال : أى ماء ؟ فإن الماء مختلف قال : المنى قال : ما المنى ؟ قال : ماء الرجل الذى يكون منه الولد قال على ما ذا احتلمت على ابن أو بنت أو أتان قال على ابن فقال القاضى لابد من الاستقصاء فقد يلقن الإقرار بالبلوغ كذبا قال شيخ الإسلام : هذا من باب الاحتياط وإنما يقبل قوله مع التفسير وكذا جارية أقرت بحيض اه والظاهر(١) أن المراد بقوله وإنما يقبل مع التفسير أى تفسير ما بلغ به من احتلام أو إحبال فقط بلا هذا الاستقصاء (قوله لا تصح البينة) صوابه البتة من البت وهو القطع كما جاء فى جامع الفصولين وقد وجد كذلك فى بعض النسخ أو يقول لايصح الإقرار .

كتاب المأذون

أى الإذن فهو مصدر كمعسور وإن كان الظاهر أنه صفة لكنه يحتاج لحذف المضاف والصلة فى الكرمانى يقال مأذون له أو لها وترك الصلة ليس من كلام العرب ، وأقره القهستانى در منتقى .

وتقدير المضاف إذن المأذون لأن البحث عن الأفعال لا عن الذوات وفى المصباح أن الفقهاء يحذفون الصلة لفهم المعنى ، وأورده بعد الحجر لأن الإذن يقتضى سبق الحجر (قوله الإذن لغة الإعلام) تبع الزيلعى والنهاية

---

(١) قوله (والظاهر الخ) رأيت فى الحامدية عن جواهر الفتاوى وإنما يقبل قوله بغير هذا التفسير الخ اه منه .

عن العبد المأذون فى غير باب التجارة ابن كمال (وإسقاط الحق) المسقط هو المولى لو المأذون رقيقا والولى لو صبيا وعند زفر والشافعى هو توكيل وإنابة (ثم يتصرف) العبد (لنفسه بأهليته فلا يتوقت) بوقت ولا يتخصص بنوع تفريع على كونه إسقاطا (ولا يرجع بالعهدة على سيده) لفكه الحجر (فلو أذن لعبده) تفريع على فك الحجر (يوما) أو شهرا (صار مأذونا مطلقا حتى يحجر عليه) لأن الإسقاطات لا تتوقت (ولم يتخصص بنوع فإذا أذن فى نوع عم إذنه فى الأنواع كلها) لأنه فك الحجر لا توكيل.

قال الطورى : قال شيخ الإسلام فى مبسوطه : الإذن هو الإطلاق لغة لأنه ضد الحجر وهو المنع فكان إطلاقا عن شىء إلى شىء اه .

وفي النهاية : الإذن فى الشىء رفع المانع لمن هو محجور عنه وإعلام بإطلاقه فيما حجر عليه من أذن له فى الشىء إذنا وأبعد الإمام الزيلعى حيث قال إنه الإعلام ، ومنه الأذان وهو الإعلام ، لأن الإذن من أذن فى كذا إذا أباحه والأذان من أذن بكذا إذا أعلم اه وفى أبى السعود : قال قاضى زاده فى التكملة : لم أر قط فى كتب اللغة مجىء الإذن بمعنى الإعلام (قوله عن العبد المأذون) الأولى إسقاط لفظة العبد ، فإن الحكم فى الصبى والمعتوه كذلك ح (قوله فى غير باب التجارة) كالتزوج والتسرى والإقراض والهبة ونحوها مما سيأتى (قوله وإسقاط الحق) كالتفسير لقوله فك الحجر . ولا يخفى عليك أن الصبى والمعتوه ليس فيه إسقاط حق سعدية لكن قال ابن الكمال يعنى حق المنع لا حق المولى ، لأنه مع اختصاصه بإذن العبد غير صحيح ، لأن حق المولى لا يسقط بالإذن ولذلك يأخذ من كسبه جبرا على ما سيأتى اه (قوله هو توكيل وإنابة) سيأتى ثمرة الخلاف (قوله ثم يتصرف) عطف على المعنى فكأنه قال : إذا أذن المولى ينفك العبد من الحجر ، ثم يتصرف الخ ابن كمال (قوله العبد) إنما خص البيان به لخفاء الحال فيه ، وإلا فالحكم مشترك ابن كمال (قوله لنفسه) أى لا لسيده بطريق الوكالة قهستانى ، ولا يلزم أن يكون مالكا له لأنه بجملته مملوك للمولى ، فإذا تعذر ملكه لما تصرف فيه يخلفه المولى فى الملك شرنبلالية (قوله بأهليته) لأن العبد أهل للتصرف بعد الرق ، لأن ركن التصرف كلام معتبر شرعا لصدوره عن تمييز ، ومحل التصرف ذمة صالحة لالتزام الحقوق وهما لا يفوتان بالرق ، لأنهما من كرامات البشر وهو بالرق لا يخرج عن كونه بشرا إلا أنه حجر عليه عن التصرف لحق المولى ، كى لا يبطل حقه بتعلق الدين برقبته لضعف ذمته بالرق ، حتى لا يجب المال فى ذمته إلا وهو شاغل لرقبته ، فإذا أذن المولى فقد أسقط حقه فكان العبد متصرفا بأهليته الأصلية زيلعى (قوله ولا يتخصص بنوع) أى ولا بمكان قهستانى وفي التاترخانية هذا إذا صادف الإذن عبدا محجورا أما إذا صادف عبدا مأذونا يتخصص ، فلو أذن له فى التجارة ثم دفع إليه مالا وقال : اشتر لى به الطعام فاشترى العبد الرقيق يصير مشتريا لنفسه نص عليه محمد رحمه الله (قوله تفريع على كونه إسقاطا) فإن الإسقاطات لا تقبل التقييد ، كما يأتى كالطلاق والعتاق ، ولا يقال لو كان إسقاطا لما ملك نهيه لأنا نقول ليس بإسقاط فى حق ما لم يوجد ، فيكون النهى امتناعا عن الإسقاط فيما لم يوجد زيلعى (قوله ولا يرجع بالعهدة) أى بحق التصرف كطلب الثمن وغيره ، والعهدة فعلة بمعنى مفعول من عهده لقيه قهستانى (قوله لفكه الحجر) ظاهره أن قوله : ولا يرجع تفريع على قوله فك الحجر ، وجعله القهستانى تفريعا على كون تصرفه لنفسه (قوله تفريع على فك الحجر) فيه نظر والظاهر أنه تفريع على التفريع ، وهو قوله فلا يتوقف كما يدل عليه التعليل تأمل (قوله لأن الاسقاطات لا تتوقت) لأنها تتلاشى عند وقوعها (قوله فإذا أذن فى نوع الخ) سواء سكت عن غيره أو نهى بطريق الصريح نحو : أن يأذن فى شراء البز وقال لا تشتر غيره اه تاترخالية عن المضمرات (قوله لأنه فك الحجر لا توكيل) أعاده وإن مر للتنبيه على ثمرة الخلاف بيننا وبين زفر والشافعى فافهم

ثم اعلم أن الإذن بالتصرف النوعى إذن بالتجارة وبالشخصى استخدام (ويثبت) الإذن (دلالة فعبد رآه سيده يبيع ملك أجنبى) فلو ملك مولاه لم يجز حتى يأذن بالنطق بزازية ودرر عن الخانية

(قوله ثم اعلم الخ) قال فى المنح التخصيص قد لا يكون مفيدا إذا كان المراد به الاستخدام لأنه لو جعل ذلك إذنا لانسد باب الاستخدام لافضائه إلى أن من أمر عبده بشراء بقل بفلسين كان مأذونا يصح إقراره بديون تستغرق رقبته ويؤخذ بها فى الحال ، فلا يتجرأ أحد على استخدام عبده فيما اشتد له حاجته ، لأن غالب استعمال العبيد فى شراء الأشياء الحقيرة ، فلابد من حد فاصل بين الاستخدام والإذن بالتجارة وهو أنه إن أذن بتصرف مكرر صريحا مثل أن يقول : اشتر لى ثوبا وبعه أو قال : بع هذا الثوب واشتر بثمنه أو دلالة كأد إلى الغلة كل شهر أو أد إلى ألفا وأنت حر ، فإنه طلب منه المال ، وهو لا يحصل إلا بالتكسب وهو دلالة التكرار ولو قال : أقعد صباغا أو قصارا ، لأنه أذن بشراء ما لابد منه دلالة ، وهو نوع من الأنواع يتكرر بتكرر العمل المذكور كان ذلك إذنا ، وإن أذن بتصرف غير مكرر كطعام أهله وكسوتهم لا يكون إذنا كما قررناه . وبهذا التفصيل صرح فى البزازية .

فإن قلت : ينتقض هذا الأصل بما إذا غصب العبد متاعا ، وأمره مولاه ببيعه فإنه إذن فى التجارة وليس الأمر بعقد مكرر . قلت : أجيب عنه بأنه أمر بالعقد المكرر دلالة ، وذلك لأن تخصيصه ببيع المغصوب باطل لعدم ولايته عليه ، والإذن قد صدر منه صريحا فإذا بطل التقييد ظهر الإطلاق اهـ وكلام الهداية يشير إلى أن الفاصل هو التصرف النوعى والشخصى والإذن بالأول إذن دون الثانى فتأمل ، كذا فى العناية وكلام الوقاية يفهمه اهـ

(قوله ويثبت الإذن دلالة الخ) فى الحقائق إنما يجعل سكوت المولى إذنا إذا لم يسبق منه مايوجب نفى الإذن حالة السكوت كقوله : إذا رأيتم عبدى يتجر فسكت ، فلا إذن له بالتجارة ، ثم رآه يتجر فسكت لا يصير مأذونا اتفاقا (قوله فعبد رآه سيده الخ) عبد مبتدأ خبره مأذون ، وساغ الابتداء به لوقوعه موصوفا وأفاد الزيلعى أنه إذا رأى أجنبيا يبيع ماله وسكت ، فإن سكوته لا يكون إذنا له وكذا لو أتلف مال غيره وصاحبه ينظر وهو ساكت حتى كان له أن يطالبه بالضمان اهـ .

قال بعض الفضلاء : ولينظر هذا مع قول الفصول العمادية فى الثالث والثلاثين ولو شق زق غيره فسال ما فيه وهو ساكت فإنه يكون رضا . اللهم إلا أن يحمل ما هنا على الإتلاف الغير الممكن تداركه فليتأمل اهـ

(قوله بزازية) عبارتها وإن رآه يشترى ويبيع فسكت فأذن إلا أن ينهاه ولكنه فيما باع من مال مولاه لا يجوز حتى يأذن له بالنطق اهـ (قوله ودرر عن الخانية) فى عبارة الخانية اضطراب ، فإنه قال أول الباب : رأى المولى عبده يبيع عينا من أعيان المالك ، فسكت لم يكن إذنا ، وقال بعد أسطر ولو رآه فى حانوته فسكت حتى باع متاعا كثيرا كان إذنا ولا ينفذ على المولى بيع العبد ذلك المتاع ، ثم قال : ولو أن رجلا دفع إلى عبد رجل متاعا ليبيعه فباع فرآه المولى ولم ينهه كان إذنا له فى التجارة ، ويجوز ذلك البيع على صاحب المتاع اهـ حموى .

أقول : لا اضطراب فى كلامه ، فإن معنى كلامه الأول لم يكن إذنا فى ذلك البيع المسكوت عنه ، فلا ينفذ بيعه عليه وإن صار مأذونا فى التجارة بعده كما فسره كلامه الثانى والثالث ، وإنما نفذ البيع فى متاع الأجنبى لإذنه أى الأجنبى فيه وهذا معنى ما فى البزازية ، ويدل على ما قلنا ما فى شرح البيرى عن البدائع : رأى عبده يبيع ويشترى فسكت صار مأذونا عندنا إلا فى البيع الذى صادفه السكوت بخلاف الشراء اهـ .

ثم رأيت العلامة الطورى وفق كذلك مستدلا بعبارة البدائع وغيرها ، واعترض على الزيلعى حيث قال :

لكن سوى بينهما الزيلعى وغيره وجزم بالتسوية ابن الكمال وصاحب الملتقى ورجحه فى الشرنبلالية بأن ما فى المتون والشروح أولى بما فى كتب الفتاوى فليحفظ (ويشترى) ما أراد (وسكت) السيد (مأذون) خبر المبتدإ إلا إذا كان المولى قاضيا أشباه ولكن (لا) يكون مأذونا (فى) بيع (ذلك الشىء) أو شرائه فلا ينفذ على المولى بيع ذلك المتاع، لأنه يلزم

ولا فرق فى ذلك بين أن يبيع عينا مملوكا للمولى أو لغيره بإذنه ، أو بغير إذنه بيعا صحيحا أو فاسدا هكذا ذكر صاحب الهداية : وذكر قاضيخان : إذا رأى عبدا يبيع عينا من أعيان المالك فسكت لم يكن إذنا اه فاعترضه بأن ظاهر كلامه أنه فهم المخالفة بين كلام الهداية والخانية ، ثم قال : وكيف يجوز حمل كلام الخانية على خلاف ما ذكره محمد فى الأصل اه فقول الشارح فيما نقله عن البزازية : ولم يجز حتى يأذن بالنطق معناه لم يجز ذلك البيع بخصوصه على المولى ، وإن صار العبد به مأذونا ، وليس معناه لم يكن إذنا له كما فهمه المحشى والشارح وغيرهما والحاصل أنه لا فرق فى كونه مأذونا بين كل المبيع ملكا للمولى أو لغيره وإنما الفرق فى جواز ذلك البيع الذى صادفه السكوت ، فإن كان لأجنبى جاز وإن للمولى فلا إلا بالنطق فاغتنم هذا التحرير فى هذا المقام فإنه من مزال أقدام الأفهام (قوله لكن سوى بينهما الزيلعى وغيره) أى كصاحب الهداية كما سمعت عبارته والاستدراك مبنى على ما فهمه كغيره من مخالفة ما فى البزازية والخانية لما فى الهداية وقد علمت أنه لا مخالفة فى أنه يصير مأذونا بعد السكوت مطلقا : وإنما أفاد فى الخانية شيئا لم يذكره فى الهداية وهو أنه لا يجوز ذلك البيع بخصوصه لو ملكا للمولى وإلا جاز (قوله ورجحه فى الشرنبلالية) أى رجح ما ذكره الزيلعى وابن الكمال وغيرهما من التسوية بين مال المولى وغيره : ونقل بعده عن جامع الفصولين ما قدمناه من أن أثر الإذن يظهر فى المستقبل ، لا فى ذلك الشىء وغاب عنه أنه مراد قاضيخان وغيره وعلى ما مر ، فلا مخالفة بين ما فى المتون والشروح وبين ما فى الفتاوى ، والله تعالى الموفق (قوله ويشترى ما أراد) الواو بمعنى أو بقرينة قول الشارح بعد أو شرائه ولعل المراد بالتعميم أن المراد بالشراء ما يعم أنواع المشترى ولو محرما ولذلك قال القهستانى : ويشترى ولو كان خمرا ط (قوله إلا إذا كان المولى قاضيا) قال الحموى فى شرح الكنز : وقال المقدسى فى الرمز : ظهر لى فى توجيهه أن القاضى ممن لا يباشر الأعمال بنفسه ، فلا يدل مع تكرار الأعمال من عبده على إذنه لقوة احتمال التوكيل اه فأفاد هذا التعليل أن القاضى ذكر للتمثيل فالمراد به كل من لا يباشر الأعمال بنفسه :

وقال فى حاشية الأشباه أقول : لم يذكر صاحب الظهيرية هذه المسألة على سبيل الاستثناء وذكرها قاضيخان لا على طريق الاستثناء فقال القاضى : إذا رأى عبده يبيع ويشترى فسكت لم يكن إذنا اه وقد قدمنا أن إطلاق صاحب الهداية يفهم منه أنه لا فرق بين أن يكون المولى قاضيا أولا ، وأن ما فى المتون والشروح مقدم على ما فى الفتاوى اه وأقره أبو السعود فى حاشية الأشباه :

وأقول : لا يبعد أن يكون مراد قاضيخان أنه لا يصير مأذونا فى ذلك التصرف الذى صادفه السكوت ، كما أن ذلك هو المراد من كلامه المار كما علمت فيكون مأذونا بعده وعليه فلا استثناء وما ذكره المقدسى يصلح وجها لتنصيصه على القاضى ، مع أنه داخل فى عموم كلامه السابق ، يعنى أن حكم عبد القاضى كغيره وإن قوى احتمال كونه وكيلا عنه ، فلا ينافى إطلاق المتون والشروح ، ولذا لم يذكره فى الخانية والظهيرية على طريق الاستثناء كما فعل فى الأشباه : ثم رأيت الطورى قال بعد ذكر المسألة وفهم بعض أهل العصر أن سكوت القاضى لا يكون إذنا بخلاف سكوت المولى كما فهم الإمام الزيلعى اه وظاهره أن هذا الفهم مخالف لكلامهم كفهم الزيلعى المار وهذا مؤيد لما قلناه فتدبر (قوله لا فى ذلك الشىء) فيه أن الكلام مفروض فيما إذا باع ملك

أن يصير مأذونا قبل أن يصير مأذونا وهو باطل :

قلت : لكن قيده القهستاني معزيا للذخيرة بالبيع دون الشراء من مال مولاه أى فيصح فيه أيضا وعليه فيفتقر إلى الفرق والله تعالى الموفق :

(و) يثبت (صريحا فلوأذن مطلقا) بلاقيد (صح كل تجارة منه إجماعا) أما لوقيد فعندنا يعم خلافا للشافعى (فيبيع ويشترى ولو بغبن فاحش) خلافا لهما

الأجنبى ، وحينئذ لايتصور أن يكون سكوت السيد إذنا فى بيع ذلك الشىء ، حتى يصح لفيه وإلى هذا أشار الشارح بقوله : فلا ينفذ على المولى بيع ذلك المتاع ، لكنه شرح لايطابق المشروح ، فكان عليه أن يبرزه فى قالب الاعتراض ح :

وحاصله : أن عدم كونه مأذونا فى بيع ذلك الشىء إنما هو فيما لو باع ملك المولى أما لو باع ملك الأجنبى بإذنه نفذ عليه كما قدمناه ونفاذه لابسكوت المولى بل بأمر صاحب المتاع وهل العهدة على العبد، أو على صاحب المتاع ؟ اختلف المشايخ فيه ذخيرة وتاترخانية لكن ظاهر كلام السراج يفيد عدم الفرق ، فإنه قال ولو رأى عبده يبيع ويشترى فسكت ولم ينهه صار مأذونا ، ولايجوز هذا التصرف الذى شاهده المولى إلا أن يجيزه بالقول ، سواء كان ما باعه للمولى أو لغيره ويصير مأذونا فيما يتصرف بعدهذا اه إلا أن يرجع التعميم إلى قوله صار مأذونا أو يحمل على ما إذا لم يكن بإذن الأجنبى وهو الأقرب فلاينافى ما قدمناه عن البزازية والخانية وغيرهما فتأمل (قوله قبل أن يصير مأذونا) لأنه لايثبت الإذن إلا إذا باع أو اشترى بحضرته لا قبله فبالضرورة يكون ذلك البيع غير مأذون فيه فلا ينفذ (قوله وهو باطل) لأنه يلزم عليه تقدم الشىء على نفسه (قوله معزيا للذخيرة) نص عبارة الذخيرة هكذا وإذا رأى عبده يشترى بماله يعنى بمال المولى فلم ينهه فهذا من المولى إذن له فى التجارة وما اشتراه فهو لازم وللمولى أن يسترد ماله ثم إذا استرد المولى ماله دراهم أو دنانير لاينتقض البيع وإن كان ماله عرضا أومكيلا أوموزونا ينتقض البيع اه. (قوله من مال مولاه) الأولى أن يقول بمال بالباء بدل من كمالايخفى (قوله فيفتقرإلى الفرق) الأولى حذف الفاء ط ولعل الفرق ماذكروه في باب الفضولى من أن الشراء أسرع نفاذا فتأمل ح:

قلت : وفى شرح درر البحار فى صورة الشراء ينفذ على المولى لدخول المبيع فى ملكه وفى صورة البيع لاينفذ عليه لزوال المبيع من ملكه اه ونقل مثله الحموى عن البدائع وشرح المجمع ، وأورد عليه أن فى كل إدخالا وإخراجا :

أقول : إن كان الثمن دراهم أو دنانير لايشكل لأنها لاتتعين بالتعيين ، بل تجب فى الذمة ولذا لو استرد المولى لاينتقض البيع كماقدمناه ، وإن كان غيرهما فيشكل ، لأنه بيع مقايضة والثمن فيها مبيع من وجه فيصدق عليه أنه باع ملك المولى ، وقد مر غير مرة أنه لاينفذ عليه ، وأنه إنما يصير مأذونا بعده وجوابه : أن اللازم ما اشتراه العبد وأما ما دفعه من ملك المولى فلم ينفذ على المولى ، ولذا كان له أن يسترد فإذا أجاز ما صنع العبد ولم يسترده نفذ عليه ذلك وصار مأذونا فيه وفيما بعده لأن الإجازة اللاحقة كالسابقة هذا ماظهر لى (قوله بلاقيد) بيان للاطلاق بأن قال له أذنت لك فى التجارة ولم يقيده بشراء شىء بعينه ، ولابنوع من التجارة زيلعى (قوله صح كل تجارة منه) لأن اللفظ يتناول جميع أنواع التجارات زيلعى (قوله أما لو قيد) أى بنوع من التجارة أو بوقت أوبمعاملة شخص زيلعى ، أوبمكان كما مر وأما لو أمره بشراء شىء بعينه كالطعام والكسوة لايكون مأذونا له لأنه استخدام كما مر بيانه (قوله خلافا للشافعى) أى ولزفر بناء على أنه توكيل عندهما وعندنا إسقاط ط كما مر (قوله ولوبغبن فاحش) أطلقه فشمل ما إذا نهاه عن البيع بالغبن الفاحش أو أطلق له كما فى البزازية منح (قوله خلافا لهما) وعلى

(ويوكل بهما ويرهن ويرتهن ويعير الثوب والدابة) لأنه من عادة التجار (ويصالح عن قصاص وجب على عبده ويبيع من مولاه بمثل القيمة و) أما (بأقل)منها ف (لا و)يبيع (مولاهمنه بمثل القيمة أو أقل وللمولى حبس المبيع لقبض ثمنه) من العبد (ويبطل الثمن) خلافا لما صححه شارح المجمع معزيا للمحيط (لو سلم) المبيع (قبل قبضه) لأنه لايجب له على عبده دين فخرج مجانا حتى لو كان الثمن عرضالم يبطل لتعينه بالعقد ، وهذاكله لو المأذون مديونا وإلا لم يجز بينهما بيع نهاية (ولو باع المولى منه بأكثر حط الزائد أو فسخ العقد) أى يؤمر السيد بأن يفعل واحدا منهما

هذا الخلاف بيع الصبي والمعتوه المأذون لها زيلعى (قوله ويوكل بهما) أى بالبيع والشراءزادفى شرح الملتقى ، ويسلم ويقبل السلم وفى التبيين وله المضاربة أخذا ودفعا (قوله لأنه من عادة التجار) يصلح علة للجميع حتى للغبن الفاحش ، فإنه من صنيعهم استجلابا للقلوب ويبيع بغبن فاحش فى صفقة ، ويربح فى أخرى كما فى التبيين ، وفيه لو مرض العبد المأذون له وحابى فيه يعتبر من جميع المال إذا لم يكن عليه دين ، وإن كان فمن جميع ما بقى بعد الدين ، لأن الاقتصار فى الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد والمولى رضى بسقوط حقه بالإذن ، بخلاف الغرماء وإن كان الدين محيطا يقال للمشترى أد جميع المحاباة وإلا فرد المبيع كما فى الحر وهذا لو المولى صحيحا ، وإلا فلا تصح محاباة العبد إلا من ثلث مال المولى ، لأن المولى باستدامة الإذن بعد ما مرض أقامه مقام نفسه فصار تصرفه كتصرفه والفاحش من المحاباة وغير الفاحش فيه سواء فلاينفذ الكل إلا من الثلث اه ملخصا (قوله ويصالح الخ) لأنه كأنه اشتراه ببدل الصلح وله الشراء ط (قوله فلا) لأن فيه تهمة ، فلا يجوز هذا لأن حق الغرماء تعلق بالمالية فليس له أن يبطل حقهم بخلاف ما إذا حابى الأجنبى عند أبى حنيفة ، لأنه لا تهمة فيه وقالا يجوز ولو بغبن فاحش ، ولكن يخير المولى بين أن يزيل الغبن أوينقض البيع بخلاف ما إذا باع من الأجنبى به حيث لايجوز أصلا عندهما لأن المحاباة على أصلهما لا تجوز إلا بإذن المولى ، وهو آذن فيما يشتريه بنفسه غير أن إزالة المحاباة لحق الغرماء ؛

واختلفوا فى قوله قيل يفسد البيع والأصح أن قوله كقولهما فصار تصرفه مع مولاه كتصرف المريض المديون مع الأجنبى ، والغبن الفاحش واليسير سواء عنده كقولهما زيلعى ملخصا (قوله ويبطل الثمن) وإذا بطل الثمن صار كأنه باع بغير ثمن فلا يجوز البيع ومراده ببطلان الثمن بطلان تسليمه والمطالبة به وللمولى استرجاع المبيع جوهرة ، لكن في التبيين بعد ما ذكر أنه لايطالب العبد بشىء ، لأنه بتسليم المبيع سقط حقه فى الحبس وإن عندهما تعلق حقه بعينه فكان أحق به من الغرماء إلى أن قال : هذا جواب ظاهر الرواية ، وعن أبى يوسف أن للمولى أن يسترد المبيع إن كان قائما ويحبسه حتى يستوفى الثمن اه : وكذا قال فى النهاية بطلان الثمن جواب ظاهر الرواية ، وعن أبى يوسف هذا : إذا استهلك العبد المبيع فلو قائما فللمولى أن يسترده الخ (قوله خلافا لما صححه شارح المجمع الخ) حيث قال وقيل : لايبطل الثمن وإن سلم المبيع أولا لأنه يجوز أن يعقد البيع ويتأخر وجوب الثمن دينا كما تأخر فى المبيع بالخيار إلى وقت سقوطه : قال صاحب المحيط : هذا القول هو الصحيح اه كلام شارح المجمع :

ورأيت بهامشه ما نصه : فيه نظر ، لأن صاحب المحيط إنما حكم بصحة القول بجواز البيع من العبد لابعدم سقوط الثمن عنه على تقدير بيع مولاه منه كما فهمه الشارح ح (قوله حتى لو كان) تفريع على قوله دين ، وبيان لمفهومه ، لأن العرض لما تعين بالعقد ملكه بعينه ويجوز أن يكون عين ملكه فى يد عبده وهو أحق به من الغرماء نهاية (قوله وهذا كله) أى بيع العبد من مولاه وعكسه بالقيمة أولا (قوله وإلا لم يجز بينهما بيع) لعدم

لحق الغرماء (فيما كان من التجارة وتقبل الشهادة عليه) أى على العبد المأذون بحق ما (وإن لم يحضر مولاه) ولو محجورا لاتقبل يعنى لاتقبل على مولاه بل عليه فيؤاخذ به بعد العتق ولو حضرا معا فإن الدعوى باستهلاك مال أو غصبه قضى على المولى وإن باستهلاك وديعة أو بضاعة على المحجور تسمع على العبد(١) : وقيل على المولى ولو شهدوا على إقرار العبد بحق لم يقض على المولى مطلقا وتمامه فى العمادية (ويأخذ الأرض إجارة ومساقاة ومزارعة ويشترى بذرا يزرعه) ويؤاجر ويزارع (ويشارك عنانا لامفاوضة

الفائدة ، لأن الكل مال المولى ولاحق فيه لغيره زيلعى (قوله فيما كان من التجارة) لم أر من ذكره غير المصنف وقال ط : لم أر مفهوم التقييد به ، ولعله يحترز به عن المبيع إذا كان للأكل أو للبس فإنه لافسخ فيه وحرره اه (قوله بحق ما) كبيع وإجارة وشراء أو شهدوا عليه بغصب أو استهلاك وديعة أو على إقراره بذلك عمادية : أى ويؤاخذ بما أقر به من ذلك فى الحال كما فى البزازية (قوله يعنى لاتقبل على مولاه) حتى لا يخاطب المولى ببيع العبد عمادية (قوله ولو حضرا) أى المولى والمحجور (قوله قضى على المولى) فيخاطب ببيعه لأن العبد مؤاخذ بأفعاله (قوله على المحجور) مستدرك ، لأن كلامه فيه (قوله تسمع على العبد) أى فيؤاخذ بعد عتقه (قوله وقيل على المولى) قائله أبو يوسف والأول قولهما كما فى العمادية وفى البزازية : فإن لم يقر لكن أقيمت عليه البينة فحضرة المولى شرط إلا عند الثانى (قوله ولو شهدوا على إقرار العبد) أى المحجور ، فالأولى أن يأتى بالمضمر مكان المظهر أما إقرار المأذون فقد علمت أنها تقبل على المولى وسيأتى له تتمة (قوله لم يقض على المولى) أى بل يؤخر إلى عتقه ، وقد ذكر أول كتاب الحجر لو أقر العبد بمال أخر إلى عتقه لو لغير مولاه ، ولو له هدر وبحد وقود أقيم فى الحال :

وفى البزازية : والمحجور يؤاخذ بأفعاله لا بأقواله إلا فيما يرجع إلى نفسه كالقصاص والحدود : وحضرة المولى لا تشترط ، ولو أتلف ما لا يؤاخذ به فى الحال ، أما الإقرار بجناية توجب الدفع أوالفداء لايصح محجورا أو مأذونا ، وإقرار المحجور بالدين والغصب وعين مال لايصح وفى المأذون يصح ويؤاخذ به فى الحال ولو أقر المأذون بمهر امرأته أو صدقة(٢) يؤخذ به بعد الحرية اه (قوله مطلقا) سواء كان المولى حاضرا أو غائبا عمادية (قوله ومزارعة) فى البزازية ويأخذها مزارعة ويدفعها مطلقا كان البذر منه أولا اه : وهى فى المعنى إيجار أو استئجار كما يأتى فى بابها فكانت من التجارة (قوله ويؤاجر ويزارع) يعنى له أن يدفع الأرض إجارة ومزارعة (قوله ويشارك عنانا) قال فى النهاية شركة العنان إنما تصح منه إذا اشترك مطلقا عن ذكر الشراء بالنقد والنسيئة أما لو اشترك العبدان المأذونان شركة عنان على أن يشتريا بالنقد والنسيئة بينهما لم يجز من ذلك النسيئة ، وجاز النقد ، لأن فى النسيئة معنى الكفالة عن صاحبه ، ولو أذن لهما الموليان فى الشركة على الشراء بالنقد والنسيئة ولادين عليهما فهو جائز كما لو أذن لكل واحد منهما مولاه بالكفالة أوالتوكيل بالشراء بالنسيئة كذا فى المبسوط والذخيرة غير أنه ذكر فى الذخيرة : وإذا أذن له المولى بشركة المفاوضة ، فلا تجوز المفاوضة لأن إذن المولى بالكفالة لايجوز فى التجارات كذا فى الشرنبلالية :

أقول : يمكن حمل كلام الذخيرة آخرا على ما إذا كان المأذون مديونا ح (قوله لا مفاوضة) لعدم ملكه

---

(١) (قول الشارح تسمع على العبد) لأنه ضمان فعل وهو أهل لضمان الأفعال وقال أبو يوسف : هو ضمان عقد وليس فيه أهلية لها اه .

(٢) (قوله أو صدقة الخ) لعل الصواب : أودية كما هو مفهوم من أول العبارة تأمل اه .

ويستأجر ويؤجر ولو نفسه ويقر بوديعة وغصب ودين ولو عليه دين (لغير زوج وولد ووالد) وسيد فإن إقراره لهم بالدين باطل عنده خلافا لهما درر ولو بعين صح إن لم يكن مديونا وهبانية (ويهدى طعاما يسيرا)

الكفالة فمفاوضته تنقلب عنانا بزازية (قوله ويستأجر ويؤجر) أى يستأجر أجـراء ويؤجر غلمانه ويستأجر البيوت والحوانيت ، ويؤجرها لما فيها من تحصيل المال ذكره الزيلعى (قوله ولو نفسه) أتى به لأن فيه خلاف الشافعى رحمه الله (قوله ويقر بوديعة الخ) لأن الإقرار من توابع التجارة لأنه لو لم يصح إقراره لم يعامله أحد زيلعى وفيه إشعار بأن المأذون بالتجارة مأذون بأخذ الوديعة كما فى المحيط وغيره ، لكن فى وديعة الحقائق خلافه قهستانى ، وأطلقه فشمل ما إذا أقر للمولى أو لغيره ، وما إذا كان عليه دين أولا وما إذا كان فى صحته أو مرضه أوصحة مولاه أو مرضه ويأتى بيان ذلك وفى التاترخانية وإذا أقر بعد الحجر بدين أوبعين لرجل جاز بقدر مافى يده فقط اهـ وفى البزازية يجوز إلا فيما أخذه المولى منه (قوله ولو عليه دين) أى إذا كان الإقرار فى صحته فلو فى المرض قدم غرماء الصحة كما فى حق الحر .

فحاصله أن ما يكون من باب التجارة من ديونه ويصح إقراره به صدقه المولى أولا وما لايكون من باب التجارة لايصدق فيه إلا بتصديقه لأنه فيه كالمحجور زيلعى والأول يؤاخذ به فى الحال ، والثانى بعد العتق كما فى الهندية . ومثال الثانى: إقراره بمهر امرأته أو بجناية كما مر(١) عن البزازية . وفى الطورى عن المبسوط : لو أقر بدين فى مرض مولاه فعلى أقسام :

الأول : لادين عليه وعلى المولى دين الصحة جعل كأن المولى أقر فى مرضه ويبدأ بدين الصحة .

الثانى : على العبد دين ولادين على المولى فى صحته فإقرار العبد به صحيح، لأنه إنما يحجر فى مرض سيده لو على السيد دين صحة محيط بماله ورقبة العبد وما فى يده .

الثالث : على كل دين صحة فلا يخلو إما أن تـكون رقبة العبد ، وما فى يده لايفضل عن دينه أو يفضل عنه لا عن دين المولى ، أو يفضل عنهما . ففى الأول : لايصح إقراره ، لأنه شاغل لرقبته ومافى يده . وفى الثانى : يكون الفاضل لغرماء صحة المولى . وفى الثالث : يصح إقراره فى ذلك الفاضل، ولولا دين على أحدهما فأقر المولى فى مرضه بألف ثم العبد بألف تحاصا فى ثمن العبد ولو أقر العبد أولا ثم المولى بدئ بدين العبد اهـ ملخصا (قوله لغير زوج الخ) أى لمن لاتقبل شهادة العبد له لوكان حرا كما فى الخانية (قوله وولد ووالد) قال فى المبسوط : إذا أقر المأذون لابنه وهو حر أولأبيه أولزوجته وهى حرة أومكاتب ابنه أولعبد ابنه وعليه دين أولا فإقراره لهؤلاء باطل فى قول الإمام وفى قولهما جائز ويشاركون الغرماء فى كسبه ط (قوله وسيد الخ) قال فى الهندية وإن كان على المأذون دين فأقر بشىء فى يده أنه وديعة لمولاه أو لابن مولاه أو لأبيه أو لعبد تاجر عليه دين أولا أو لمكاتب مولاه أو لأم ولده فإقراره لمولاه ومكاتبه وعبده وأم ولده باطل ، فأما إقراره لابن مولاه أو لأبيه فجائز ولو لم يكن عليه دين كان إقراره جائزا فى ذلك كله اهـ ط (قوله ولو بعين صح الخ) فى المبسوط إذا أقر المأذون بعين فى يده لمولاه أو لعبد مولاه إن لم يكن عليه دين جاز وإلا فلا ، ولو أقر بدين لمولاه لايجوز مطلقا لأنه لايستحق على عبده دينا طورى ، وظاهر التعليل اختصاص التفرقة بين الدين والعين بالمولى دون زوج المقر وولده ووالده وهو خلاف ما يفهم من كلام الشارح ولم أر من صرح به فليراجع وعبارة الوهبانية :

---

(١) (قوله كما مر الخ) أى فيما كتبه على قول الشارح : ولو شهدوا بإقرار العبد لم يقض على المولى وهو يؤيد أن الصواب فى العبارة السابقة عن البزازية إبدال صدقة بدية تأمل اهـ .

بما لايعد سرفا ومفاده أنه لايهدى من غير المأكول أصلا ابن كمال وجزم به ابن الشحنة والمحجور لايهدى شيئا وعن الثانى : إذا دفع للمحجور قوت يومه فدعا بعض رفقائه للأكل معه فلابأس بخلاف مالو دفع إليه قوت شهر ، ولا بأس للمرأة أن تتصدق من بيت سيدها أو زوجها باليسير كرغيف ونحوه ملتقى ، ولو علم منه عدم الرضا لم يجز (ويضيف من يطعمه) ويتخذ الضيافة اليسيرة بقدر ماله (ويحط من الثمن بعيب قدر مايحط التجار) ويحابى ويؤجل مجتبى (ولا يتزوج) إلا بإذن (ولا يتسرى) وإن أذن له المولى(ولا يزوج رقيقه) وقال أبو يوسف : يزوج الأمة

وإقراره بالعين لا الدين جائز لمولاه إلا حيثما الدين يظهر

ولو أقر لمولاه أو عبده بدين ولادين عليه ثم لحقه دين بطل إقراره ، ولو بعين فلا حتى يكون المولى أحق بها من الغرماء ولوالجية ، وفيها أقر لابن نفسه أو أبيه أو مكاتب لابنه لم يجز شىء مما أقر به عليه دين أولا عند الإمام اه فقوله : لم يجز شىء يشمل الدين والعين فيؤيد ماقلناه تأمل : ثم رأيت فى حاشية أبى السعود التعليل لقول الإمام بأن إقراره لهم إقرار صورة وشهادة معنى : وشهادته لهم غير جائزة لو كان حرا فكذا إقراره ثم نقل عن شيخه أنه اعترض على صاحب الدرر فى تقييده بطلان الإقرار لهم بالدين بأن الزيلعى أطلقه اه ويؤيده التعليل بأنه شهادة معنى فلافرق بين الدين والعين إلا فى المولى ولله الحمد (قوله بما لايعد سرفا) حذف الشارح جملة فيها متعلق الباء وأصل العبارة كما فى المنح عن البزازية ولهذا يملك إهداء مأكول وإن زاد على درهم بما لايعد سرفا فإن الباء متعلقة بزاد ح (قوله وجزم به ابن الشحنة) حيث قال بعد كلام وقد علمت تقييدهم مايملكه من الهدية بالمأكولات فيحتاج إلى التنبيه عليه فى النظم لأنه أطلق اه :

قلت : ومثله فى التبيين وصرح به فى التاترخانية عن المحيط فقال : ولايملك الإهداء بما سوى المأكولات من الدراهم والدنانير اه وفيها عن الأصل ولو وهب هبة وكانت شيئا سوى الطعام ، وقد بلغت قيمته درهما فصاعدا لايجوز وإن أجاز المولى هبته إن لم يكن عليه دين تعمل إجازته وإلا فلا وكذا لايتصدق إلا بدرهم فمادونه (قوله بخلاف ما لو دفع إليه قوت شهر) لأنهم لو أكلوه قبل الشهر يتضرر به المولى هداية (قوله كرغيف ونحوه) لأن ذلك غير ممنوع عنه فى العادة هداية بقى لو كان فى بيته من فى مقام المرأة كحاجبه وغلامه نقل ابن الشحنة عن ابن وهبان أنه لم يره فى كلامهم ، وأنه ينبغى أن يجوز قياسا عليها ثم نقل عنه أنه لو كانت الزوجة ممنوعة من التصرف فى بيته تأكل معه بالفرض ولا يمكنها من طعامه والتصرف فى شىء من ماله ينبغى أن لايجوز لها الصدقة واعترضه بأنه جرى العرف بالتصدق بذلك مطلقا تأمل (قوله بقدر ماله) أى مافى يده من مال التجارة ، قال ابن الشحنة عن التتمة حتى روى عن ابن سلمة إذا كان عشرة آلاف درهم فاتخذ ضيافة بعشرة دراهم تكون يسيرة وإن كان عشرة دراهم فبدانق كثيرة فينظر فى العرف فى قدر مال التجارة ، ثم قال : وأطلق فى المنتقى عن أبى يوسف أنه لابأس للرجل أن يجيب دعوة العبد المحجور عليه اه :

قلت : والمأذون بالأولى تأمل (قوله بعيب) فلا يحط بدونه إذ هو تبرع محض منح (قوله ويحابى) أى ابتداء لأنه قد يحتاج إليه التاجر قدمنا عن الزيلعى شيئا من الكلام على المحاباة (قوله مجتبى) ومثله فى التبيين (قوله ولايتزوج) لأنه ليس من باب التجارة ، ولأن فيه ضررا على المولى بوجوب المهر والنفقة فى رقبته زيلعى (قوله ولايتسرى) لأنه مبنى على ملك الرقبة والعبد لايملك وإن ملك (قوله وقال أبو يوسف يزوج الأمة) لما فيه من تحصيل المهر وسقوط النفقة فأشبه إجارتها ، ولهذا جاز للمكاتب ووصى الأب والأب: ولهما أن الإذن تناول التجارة والتزويج ليس منها ، بخلاف المكاتب لأنه يملك الاكتساب وذلك لا يختص بالتجارة ، وكذا الأب

(ولايكاتبه) إلا أن يجيزه المولى ولادين عليه وولاية القبض للمولى (ولايعتق بمال) إلا أن يجيزه المولى إلى آخر مامر (ولا بغيره ولا يقرض ولا يهب واو بعوض ولايكفل مطلقا) بنفس أو مال (ولايصالح عن قصاص وجب عليه ولايعفو عن القصاص) ويصالح عن قصاص وجب على عبده خزانة الفقه (وكل دين وجب عليه بتجارة أو بما هو فى معناها) أمثلة الأول (كبيع وشراء وإجارة واستئجار و) أمثلة الثانى (غرم وديعة وغصب وأمانة جحدهما) عبارة الدرر وغيرها جحدها بلا ميم فتنبه (وعقر وجب بوطء مشرية

والجد والوصى ، ولأن تصرفهم مقيد بالأنظر للصغير وتزويج الأمة من الأنظر وعلى هذا الصرف الصبى والمعتوه المأذون لهما والمضارب والشريك عنانا ومفاوضة وجعل صاحب الهداية الأب والوصى على هذا الخلاف وهو سهو زيلعى (قوله ولايكاتبه) لأنها توجب حرية اليد حالا والرقبة مآلا والإذن لايوجب شيئا من ذلك والشىء لايتضمن ما هو فوقه زيلعى (قوله إلا أن يجيزه المولى) لأن الامتناع لحقه ، فإذا أجازه زال المانع فينفذ (قوله ولا دين عليه) جملة حالية أى دينا مستغرقا . قال الزيلعى : وذكر فى النهاية لو عليه دين قليل أوكثير فكتابته باطلة وإن أجازها المولى ، وهذا مشكل ، فإن مالم يستغرق رقبته وما فى يده لايمنع الدخول فى ملك المولى إجماعا ، حتى جاز للمولى عتق ما فى يده ، وإنما الخلاف فى المستغرق فيمنع عنده لاعندهما اه .

قلت : وأجيب بإمكان حمله على قول الإمام أولا بأن غير المستغرق يمنع الدخول أيضا وما ذكر قوله آخرا (قوله وولاية القبض للمولى) لأن العبد نائب عن المولى كالوكيل فكان قبض البدل لمن نفذ العقد من جهته ، لأن الوكيل فيه سفير ومعبر ، فلا تتعلق به حقوق العقد كالنكاح بخلاف المبادلة المالية ، ولو أدى المكاتب البدل إلى المولى قبل الإجازة ثم أجاز المولى لا يعتق وسلم المقبوض إلى المولى لأنه كسب عبده زيلعى (قوله ولايعتق) لأنه فوق الكتابة فكان أولى بالامتناع زيلعى (قوله إلى آخر ما مر) أى من قوله ولادين عليه وولاية القبض للمولى ، ولو اقتصر على هذا الاستثناء هنا وقال : إلا أن يجيزهما المولى الخ كما فعل فى شرحه على الملتقى لكان أخصر . قال الزيلعى : وإن كان عليه دين مستغرق لاينفذ عند أبى حنيفة خلافا لهما بناء على أنه يملك مافى يده أم لا اه (قوله ولابغيره) أى بغير مال وهو أولى بالمنع من الأول كما لا يخفى منح (قوله ولايقرض) لأنه تبرع ابتداء وهو لايملكه منح (قوله ولا يهب) قدمنا عن التاترخانية عن الأصل أنه يهب ويتصدق بما دون الدرهم وجرى عليه فى الشرنبلالية (قوله ولو بعوض) لأنه تبرع ابتداء أو ابتداء وانتهاء زيلعى يعنى لو بلا عوض ولا يجرى لأنه كالهبة درر (قوله ولايكفل) لأنها ضرر محض درر (قوله ولايصالح الخ) لأنه تصرف فى رقبته ولم يدخل تحت الإذن وعفوه تبرع ط (قوله ويصالح عن قصاص الخ) مستدرك مع ما تقدم ح أى تقدم متنا (قوله وأمثلة الثانى) المناسب ذكره قبل قوله وإجارة واستئجار لأنهما بمعنى التجارة كغرم الوديعة وما بعده نص عليه فى الكفاية (قوله وأمانة) كمضاربة وبضاعة وعارية (قوله فتنبه) لعله يشير إلى أن عبارة المصنف أحسن ، لأن غرم الغصب يكون بلا جحود لأنه متعد به ، بخلاف الوديعة والأمانة فإنه إذا جحدهما ضمنهما كما إذا استهلكهما لكن كان الأحسن تقديم الغصب على الوديعة .

فإن قلت : قدمت عن البزازية أن إقرار المأذون بالدين والغصب وعين مال يصح ويؤاخذ به فى الحال بخلاف المحجور عليه فلم قيد بالجحود . قلت : ليصير دينا فيدخل تحت قوله وكل دين لأن الكلام فيما يتعلق برقبته ، ولايكون كذلك إلا بالجحود وإن كان مؤاخذا بإقراره بالعين كما قدمه .

فإن قلت : الغصب عين . قلت : نعم قبل التعدى عليه وكلامه فى غرمه ولا يكون إلا بعده فيكون دينا (قوله وعقر الخ) لاستناده إلى الشراء فإنه لولا الشراء لوجب عليه الحد لاالعقر ، سواء وجب بإقراره أو البينة كفاية

بعد الاستحقاق) كل ذلك (يتعلق برقبته) كدين الاستهلاك والمهر ونفقة الزوجة (يباع فيه) ولهم استسعاؤه أيضا زيلعى ومفاده أن زوجته لواختارت استسعاءه لنفقة كل يوم أن يكون لها ذلك أيضا بحر من النفقة (بحضرة مولاه) أو نائبه لاحتمال أن يفديه بخلاف بيع الكسب ، فإنه لا يحتاج لحضور المولى ، لأن العبد خصم فيه (ويقسم ثمنه بالحصص و) يتعلق (بكسب حصل قبل الدين أوبعده) ويتعلق (بماوهب له وإن لم يحضر) مولاه هذا قيد للكسب والاتهاب لكن يشترط حضور العبد لأنه الخصم فى كسبه ، ثم إنما يبدأ بالكسب وعند عدمه يستوفى من الرقبة .

أى فيكون فى حكم الشراء واحترز به عما وجب عليه بالتزويج فليس بمعنى التجارة قهستانى (قوله بعد الاستحقاق) متعلق بوجب لابوطء ط (قوله يتعلق برقبته) لأنه دين ظهر وجوبه فى حق المولى درر واستثنى فى الأشباه من إجارة منية المفتى ما إذا كان أجيرا فى البيع والشراء : أى فإن الضمان يتعلق بالآذن ، وهو المستأجر وما قاله المقدسى من أنه لا يحتاج إلى الاستثناء إذ ليس بمأذون بل كوكيل المستأجر بحث فى معرض النقل بيرى(قوله كدين الاستهلاك) أى كدين ترتب بذمته بسبب استهلاكه لشىء آخر ط (قوله يباع فيه) ولا يجوز بيعه إلا برضا الغرماء أو بأمر القاضى ، لأن الغرماء حق الاستسعاء ليصل إليهم كمال حقهم ، ويبطل ذلك ببيع المولى فاحتيج إلى رضاهم ولوالجية وفيها : ولو باعه القاضى لمن حضروا يحبس حصة من غاب من ثمنه قال الزيلعى : ولا يعجل القاضى ببيعه بل يتلوم ، لاحتمال أن يكون له مال يقدم عليه أو دين يقتضيه ، فإذا مضت مدة التلوم ولم يظهر له وجه باعه اه وفيه من موضع آخر ثم المولى ببيع عبده المأذون له المديون بعد العلم بالدين لم يجعل مختارا للفداء بالقيمة وبيع العبد الجانى بعد العلم بالجناية جعل مختارا للفداء بالأرش ، لأن الدين هنا على العبد بحيث لا يبرأ بالعتق ، ولا يجب على المولى شىء ولو اختار المولى الفداء صريحا بأن قال : أنا أقضى دينه كان عدة منه تبرعا ، فلا يلزمه بخلاف الجناية فإن موجبها على المولى خاصة (قوله لاحتمال الخ) علة لاشتراط الحضرة ، وأفاد أن بيعه غير حتم بل يخير مولاه بين البيع أو الفداء أى أداء جميع الديون ، ولم يرد به أداء قيمته نبه عليه فى الكفاية (قوله لأن العبد خصم فيه) أى فى كسبه دون رقبته فإذا ادعى رقبته إنسان كان المولى هو الخصم دون العبد ، وإذا ادعى كسبه فالعبد خصم فيه دون المولى كما فى التبيين (قوله ويقسم ثمنه بالحصص) سواء ثبت الدين بإقرار العبد ، أو بالبينة جوهرة قال الرحمتى : وهذا كله إذا كان الدين حالا ، ولو بعضه مؤجلا يعطى أرباب الحال حصتهم ويمسك حصة صاحب الأجل إلى حلوله .

قال فى الرمز قلت : مر فى المفلس من الينابيع أنه يعطى الكل لصاحب الحال ، فإذا حل المؤجل قيل له شاركه وهذا إذا كان كل الدين ظاهرا ولو بعضه لم يظهر ولكن ظهر سببه كما لو حفر بئرا فى طريق وعليه دين يباع ، ويدفع للغريم قدر دينه من الثمن ، وإن كان الدين مثل الثمن دفعه كله ، فإذا وقع فى البئر دابة رجع صاحبها على الغريم بحضرته(١) يضرب كل بماله اه حموى على الكنز (قوله قبل الدين) أى وبعد الإذن بخلاف ماقبله كما سيذكره (قوله هذا)أى قوله وإن لم يحضر وقوله قيد الأولى أن يقول تعميم فى الكسب والاتهاب ط لكن على جعله شرطا محذوف الجواب يصح لأن الشروط قيود تأمل (قوله لأنه الخصم فى كسبه) مستغنى عنه بما تقدم قبله قريبا ط (قوله ثم إنما يبدأ بالكسب) لأنه أهون على المولى مع إيفاء حق الغرماء زيلعى (قوله وعند عدمه)

---

(١) (قوله بحضرته) لعله : بحصته اه منه .

قلت : وأما الكسب الحاصل قبل الإذن فحق للمولى فله أخذه مطلقا. قال شيخنا : ومفاده أنه لو اكتسب المحجور شيئا وأودعه عند آخر وهلك فى يد المودع للمولى تضمينه ، لأنه كمودع الغاصب فتأمله (لا) يتعلق الدين (بما أخذه مولاه منه قبل الدين وطولب) المأذون (بما بقى) من الدين زائدا عن كسبه وثمنه (بعد عتقه) ولا يباع ثانيا (ولمولاه أخذ غلة مثله

أى أصلا أو عدم إيفائه ط (قوله مطلقا) يعنى سواء وجده فى يد العبد أو فى يد الغريم ولو استهلكه الغريم للمولى أن يضمنه رملى (قوله ومفاده)أى مفاد كون المولى أحق بكسب عبده الحاصل قبل الإذن (قوله وأودعه) الضمير المستتر عائد على المحجور فيفيد أن إيداعه قبل الإذن بالتجارة ، والظاهر أن إيداعه بعد الإذن كذلك لأنه إيداع مال الغير بدون إذنه (قوله للمولى تضمينه الخ) أقول : مابحثه صرح به فى الأشباه من كتاب الأمانات حيث قال وفى البزازية الرقيق إذا اكتسبه واشترى شيئا من كسبه ، وأودعه وهلكت عند المودع فإنه يضمنه لكونه مال المولى مع أن للعبد يداً معتبرة ، حتى لو أودع شيئا وغاب فليس للمولى أخذه اهـ، وقوله : فليس للمولى أخذه أى سواء كان العبد مأذونا أو محجورا مديونا أولا يبرى لكن هذا إذا لم يعلم أنه ماله أو كسب عبده فإن علم فله حق الأخذ بلا حضور العبد حموى عن البزازية (قوله لأنه كمودع الغاصب) عبارة الرملى لأنه ماله أى مال السيد أودعه عنده بلا إذنه فصار كمودع الغاصب قال ط يفاد من هذا التعليل أن للمودع أن يرجع على العبد بما غرمه بعد عتقه فتأمل (قوله قبل الدين) قيد به لما فى الطورى عن المحيط لو كان عليه دين يوم أخذ قليلا كان أو كثيرا لم يسلم للمولى ما أخذه ويظهر ذلك فيما إذا لحقه دين آخر يرد المولى جميع ماكان أخذه لأنا لو جعلنا بعضه مشغولا بقدر الدين وجب على المولى رد قدر المشغول على الغريم فإذا أخذه كان للغريم الثانى أن يشاركه فيه ، إن كان دينهما سواء ، وكان للغريم الأول أن يرجع بما أخذه منه على السيد ، وإذا أخذ منه ثانيا كان للغريم الآخر أن يشاركه ثم وثم إلى أن يأخذ منه جميع ماأخذه من كسبه اهـ.

وفى القهستانى : يتعلق ذلك الدين بما أخذه بعد الدين ، فيسترد منه كما إذا كان على المأذون خمسمائة وكسبه ألف فأخذه السيد ثم لحقه دين خمسمائة أخرى ، فإنه يسترد الألف من السيد اهـ وعزاه للكرمانى. وفى الذخيرة : فإن لم يلحقه دين آخر فالمولى لايغرم إلا خمسمائة . وفى النهاية رد ماأخذ لو قائما بعينه وضمانه لو مستهلكا اهـ وهذا بخلاف الضريبة فإنه يرد مازاد على غلة مثله كما يأتى قريبا فافهم (قوله وطولب المأذون بما بقى) لتقرر الدين فى ذمته وعدم وفاء الرقبة درر وصرح بالمأذون ، لئلا يتوهم عود الضمير على المولى (قوله ولا يباع ثانيا) لأن المشترى يمتنع حينئذ عن شرائه ، فيؤدى إلى امتناع البيع بالكلية فيتضرر الغرماء درر ، وكذا لو اشتراه سيده بعد ذلك لأنه ملك جديد وتبدل الملك كتبدل العين حكما فصار كأنه عبد آخر زيلعى ، وإنما يباع فى نفقة الزوجة مراراً لأنها وجبت شيئا فشيئا كما مر فى النكاح قهستانى (قوله ولمولاه أخذ غلة مثله) فلو أخذ أكثر رد الفضل على الغرماء لتقدم حقهم ، ولا ضرورة فيه درر قال فى العناية : ومعناه له أن يأخذ الضريبة التى ضربها عليه فى كل شهر بعد مالزمه الديون كما كان يأخذ قبل ذلك وما زاد على ذلك من ريعه يكون للغرماء اهـ.

وفى البحر عن الفتح قبيل كتاب العتق : يجوز وضع الضريبة على العبد ، ولا يجبر عليها بل إن اتفقا على ذلك اهـ.

وفى القهستانى : للسيد أن يأخذ منه غلة قبل وضع الضريبة وقبل لحوق الدين ، وأن يأخذ أكثر من غلة مثله قبل الدين ولا يأخذ الأكثر بعده ، وأن يضع الضريبة بعد الدين كما فى الكرمانى اهـ.

بوجود دينه وما زاد للغرماء) يعني لو كان المولى يأخذ من العبد كل شهر عشرة دراهم مثلا قبل لحوق الدين كان له أن يأخذها بعد لحوقه استحسانا لأنه لو منع منها يحجر عليه فينسد باب الاكتساب (وينحجر بحجره إن علم هو) نفسه لدفع الضرر عنه (وأكثر أهل سوقه إن كان) الإذن (شائعا ، أما إذا لم يعلم به) أى بالإذن (إلا العبد) وحده (كفى فى حجره علمه) به (فقط) ولا يشترط مع ذلك علم أكثر أهل سوقه لانتفاء الضرر .

وفى البزازية : باع عبده المأذون إن لم يكن عليه دين صار محجورا عليه علم أهل سوقه ببيعه أم لا لصحة البيع وإن عليه دين لا مالم يقبضه المشترى لفساد البيع وهل للغرماء فسخه إن ديونهم حالة ؟ نعم إلا إذا كان بالثمن وفاء أو أبرءوا العبد أو أدى المولى وتمامه فى السراجية (وبموت سيده

وفى قوله : وأن يضع الضريبة بعد الدين مخالفة لما قدمناه عنه ، وعن غيره من أنه يسترد منه بعد الدين ولتقييد الشارح كغيره بقوله قبل لحوق الدين إلا أن يوفق بأن له وضعها بعد الدين غير المستغرق لما فى يده أى بقدر مايفضل بعد الدين أو أقل دون الأكثر ويحتمل أن يعطف قوله وأن يضع على مدخول النفى فى قوله ولا يأخذ فتأمل (قوله بوجود دينه) الظاهر أن الباء بمعنى مع رحمتى .

قلت : وبها عبر ابن الكمال (قوله استحسانا) والقياس أن يرد جميع ما أخذ ، لأن حق الغرماء فى كسبه مقدم على حق المولى نهاية (قوله فينسد باب الاكتساب) فصار مايأخذه كالتحصيل للكسب ، وأما أخذ الأكثر فلا يعد من التحصيل فلا يحصل مقصود الغرماء نهاية (قوله لدفع الضرر عنه) قال فى الهداية : لأنه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق وما رضى به ح (قوله وأكثر أهل سوقه) هذا استحسان ، لأن إعلام الكل متعذر أو متعسر ، فلو حجر عليه بحضرة الأقل لم يصر محجورا عليه حتى لو بايعه من علم منهم ومن لم يعلم جاز البيع ، لأنه لما صار مأذونا له فى حق من لم يعلم صار مأذونا فى حق من علم أيضا ، لأن الحجر لايقبل التخصيص ولا يتجزأ كالإذن قال فى النهاية : ثبت بهذا عدم صحة الحجر الخاص ، وإن من شرط صحة الحجر التعميم (قوله إن كان الإذن شائعا) وكذا بشرط كون الحجر قصدا . قال فى النهاية : ثم اعلم أن اشتراط إظهار الحجر فيما بين أهل سوقه فيما إذا ثبت الحجر قصدا كعزل الوكيل فلو ضمنا لغيره فلا كما إذا باع عبده المأذون غير المديون اه وسيشير إليه قريبا (قوله أما إذا لم يعلم الخ) محترز قوله شائعا (قوله كفى فى حجره علمه به فقط) فلو لم يعلم فاشترى وباع كان مأذونا والحجر باطل لأن حكم الحجر لايلزمه إلا بعلمه إتقانى (قوله باع عبده المأذون الخ) وكذا لو وهبه من رجل وقبضه فلو رجع فى الهبة لايعود الإذن ، وكذا إذا رده المشترى بالعيب بالقضاء وإن عاد إليه قديم ملكه نهاية (قوله لصحة البيع) وهو حجر ثبت حكما للبيع لا مقصودا ، لأن البيع لم يوضع للحجر ويجوز أن يثبت الشيء حكما لغيره وإن لم يثبت قصدا كعزل الوكيل الغائب نهاية (قوله وإن عليه دين) أى وباعه بلا إذن الغرماء ، وقوله لا أى لايصير محجورا (قوله لفساد البيع) علة لقوله لا وقد وقع فى كلام الإمام محمد أن البيع باطل ، فقيل : أراد أنه سيبطل لأنه موقوف على إجازة الغرماء ، وقيل أراد به أنه فاسد إلا أن الفساد فيه دون سائر العقود الفاسدة لأنه خال عن الشروط الفاسدة والمالك غير مكرة عليه إنما عدم الرضا من صاحب الحق لا غير فأظهرنا زيادته على سائر العقود الفاسدة فى إفادته قبل القبض ملكا موقوفا تاترخانية ملخصا . وعليه لينظر ما فائدة قول الشارح مالم يقبضه المشترى فإن الملك حاصل قبله تأمل (قوله إن ديونهم حالة نعم) أى لهم فسخه ولو مؤجلة فلا ، فإن حل الأجل ضمن المولى لهم قيمته ، وكذا لو وهب العبد قبل حلول الدين لرجل وقبضه أو آجره جاز ، فإن حل الأجل ضمن لهم القيمة وليس لهم رد الهبة وكان لهم نقض الإجارة وأما الرهن فكالبيع تاترخانية وأما العتق فسيأتى متنا (قوله وفاء) أى بديون المأذون (قوله وبموت سيده)

وجنونه مطبقا ولحوقه) وكذا بجنون المأذون ولحوقه أيضا (بدار الحرب مرتدا وإن لم يعلم أحد به) لأنه موت حكما (و) ينحجر حكما (بإباقه) وإن لم يعلم أحد كجنونه (ولو عاد منه) أو أفاق من جنونه (لم يعد الإذن) فى الصحيح زيلعى وقهستانى (وباستيلادها) بأن ولدت منه فادعاه كان حجرا دلالة مالم يصرح بخلافه (لا) تنحجر (بالتدبير وضمن بهما قيمتهما) فقط (للغرماء لو عليهما دين) محيط ؛

(إقراره) مبتدأ (بعد حجره إن ما معه أمانة أو غصب أو دين عليه) لآخر (صحيح) خبر (فيقبضه منه وقال لا يصح ؛

(أحاط دينه بماله ورقبته لم يملك سيده ما معه فلم يعتق عبد من كسبه بتحرير مولاه)

وكذا الصبى يحجر بموت الأب والوصى ؛ وأما المأذون من قبل القاضى فلا ينعزل بموته لأنه حكم كما فى شرح المجمع در منتقى (قوله وجنونه مطبقا) سنة فصاعدا أو يفوض للقاضى وبه يفتى فإن مست الحاجة إلى التوقيت يفتى بسنة كما فى تتمة الواقعات در منتقى (قوله ولحوقه) قال فى شرح المجمع أقول : قد تسامح فيه لأن اللحاق بدون القضاء لايكون كالموت عندنا (قوله وكذا بجنون المأذون ولحوقه أيضا) فلو قال وموت أحدهما ولو حكما أو جنونه مطبقا لكان أتم وأخصر عزمية (قوله وإن لم يعلم أحد به) أى بهذا الحجر أو بالموت ، وما ذكر بعده قال الزيلعى : فصار محجورا عليه فى ضمن بطلان الأهلية فلايشترط فيه علمه ، ولاعلم أهل سوقه لأن الحجر حكمى ، فلايشترط فيه العلم كانعزال الوكيل بهذه الأشياء اه (قوله لأنه موت حكما) حتى يعتق مدبروه وأمهات أولاده ، ويقسم ماله بين ورثته وهذا علة لقوله ولحوقه ، فكان ينبغى تقديمه على قوله وإن لم يعلم أحد به (قوله وينحجر حكما) كان ينبغى ذكره عندقوله وبموت سيده لأن كل ذلك حجر حكمى كما علمت (قوله بإباقه) لأن المولى لم يرض بتصرف عبده المتمرد الخارج عن طاعته عادة فكان حجرا عليه دلالة زيلعى وسيذكر آخرا عن الأشباه تصحيح خلافه ويأتى مافيه (قوله وإن لم يعلم أحد) أى من أهل سوقه (قوله كان حجرا دلالة) هذا استحسان ، لأن العادة جرت بتحصين أمهات الأولاد وأنه لايرضى بخروجها واختلاطها بالرجال فى المعاملة ودليل الحجر كصريحه زيلعى (قوله مالم يصرح بخلافه) لأن الصريح يفوق الدلالة زيلعى (قوله لابالتدبير) لأن العادة لم تجر بتحصين المدبرة فلم يوجد دليل الحجر منح ؛ وكذا المدبر بالأولى (قوله وضمن بهما قيمتهما) أى ضمن المولى بالاستيلاد والتدبير قيمتهما ، لأنه أتلف بهما محلا تعلق به حق الغرماء لأنه بفعله امتنع بيعهما زيلعى ؛

وظاهر كلام المصنف أن يضمن القيمة مطلقا مع أنه يتوقف على اختيار الغرماء ، فلو زاد إن شاءوا لكان أولى لما فى المحيط ، وإن شاءوا استسعوا العبد فى دينهم ، وإن ضمنوا المولى لاسبيل لهم على العبد حتى يعتق : وفيه عليه دين لثلاثة لكل ألف اختار اثنان ضمان المولى فضمناه ثلثى قيمته واختار الثالث استسعاء العبد فى جميع دينه جاز ، ولايشارك أحدهما الآخر فيما قبض ، بخلاف ما إذاكان الغريم واحدا فإذا اختار أحدهما بطل حقه فى الآخر طورى (قوله فقط) أى لاما زاد على القيمة من الدين بل يطالبان به بعد العتق (قوله أن ما معه) قيد بالمعية إذ إقراره فى حق رقبته بعد الحجر لايصح ، حتى لاتباع رقبته بالدين إجماعا كما فى التبيين (قوله صحيح) أى بشروط تؤخذ من الزيلعى وغيره : وهى أن لايكون إقراره بعد أخذ المولى مافى يده أو بعد ما باعه من غيره ؛ وأن لايكون عليه دين مستغرق لما فى يده وقت الحجر وأن لايكون مافى يده اكتسبه بعد الحجر (قوله وقالا لايصح) يعنى حالا وهوالقياس شرنبلالية (قوله فلم يعتق عبد الخ) أى فى حق الغرماء فلهم أن يبيعوه ويستوفوا ديونهم ، وأما فى حق المولى فهو حر بالإجماع حتى إن الغرماء لوأبرءوا العبد من الدين أو باعوه من المولى أو قضى

وقالا يملكه فيعتق وعليه قيمته موسرا ولو معسرا فلهم أن يضمنوا العبد المعتق ثم يرجع على المولى ابن كمال (ولو اشترى ذا رحم محرم من المولى لم يعتق) ولو ملكه لعتق (ولو أتلف المولى مافى يده من الرقيق ضمن) ولو ملكه لم يضمن خلافا لهما بناء على ثبوت الملك وعدمه (وإن لم يحط) دينه بماله ورقبته (صح تحريره) إجماعا (و) صح (إعتاقه) حال كون (المأذون مديونا) ولو بمحيط (وضمن المولى للغرماء الأقل من دينه وقيمته) وإن شاءوا اتبعوا العبد بكل ديونهم وباتباع أحدهما لايبرأ الآخر فهما ككفيل مع مكفول عنه (وطولب بما بقى) من دينهم إذا لم تف به قيمته (بعد عتقه) لتقرره فى ذمته وصح تدبيره ولاينحجر ويخير الغرماء كعتقه إلا أن من اختار أحد الشيئين ليس له الرجوع شرح تكملة.

وفى الهداية: ولو كان المأذون مدبرا أو أم ولد لم يضمن قيمتهما لأن حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما لأنهما لايباعان بالدين، ولو أعتقه المولى بإذن الغرماء فلهم تضمين مولاه زيلعى (و) المأذون (إن باعه سيده)

المولى دينه فإنه حر تاترخانية عن الينابيع (قوله وقالا يملكه) لأنه وجد سبب الملك فى كسبه وهو ملك رقبته ولهذا يملك إعتاقه ووطء المأذونة: وله أن ملك المولى إنما يثبت خلافه عن العبد عند فراغه عن حاجته والمحيط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه هداية (قوله ولو اشترى الخ) معطوف على لم يعتق فهو مفرع على قول الإمام (قوله ولو ملكه لم يضمن) ظاهره أن عند القائل بالملك لايضمن وليس كذلك بل الضمان متفق عليه لكن يضمن قيمته للحال عندهما، لأنه ملكه وإنما ضمنه لتعلق حق الغير به وعنده فى ثلاث سنين لأنه ضمان جناية لعدم ملكه كما فى التبيين (قوله خلافا لهما) راجع إلى مسألة ذى الرحم أيضا اهـ ح (قوله صح تحريره) أى تحرير المولى العبد الذى اكتسبه المأذون (قوله إجماعا) أى عندهما وعنده فى قوله الأخير وفى قوله الأول لايملك، فلايصح إعتاقه زيلعى (قوله حال كون المأذون) الأنسب أن يقول أى المأذون حال كونه ح (قوله ولو بمحيط) هذا بالإجماع لقيام ملكه فيه، وإنما الخلاف فى أكسابه بعد الاستغراق بالدين وقد بيناه زيلعى (قوله وضمن المولى الخ) سواء علم المولى بالدين أولا بمنزلة إتلاف مال الغير لما تعلق به حقهم زيلعى (قوله الأقل من دينه وقيمته) لأن حقهم تعلق بماليته فيضمنها، كما إذا أعتق الراهن المرهون زيلعى (قوله وإن شاءوا اتبعوا العبد) لأن الدين مستقر فى ذمته زيلعى: قال فى المحيط: وما قبضه أحدهم من العبد لايشاركه فيه الباقون، بخلاف ماقبضه أحدهم من القيمة التى على المولى، لأنها وجبت لهم على المولى بسبب واحد وهو العتق والدين متى وجب لجماعة بسبب واحد كان مشتركا بينهم اهـ طورى (قوله لايبرأ الآخر) لأنه وجب على كل واحد منهما دين على حدة، بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب، لأن الضمان واجب على أحدهما زيلعى (قوله بعد عتقه) مستدرك لأن الفرض أنه قد أعتق (قوله وصح تدبيره الخ) إنما أعاد صدر المسألة مع تصريح المصنف به آنفا ليرتب عليه عجزها ط (قوله ويخير الغرماء) إن شاءوا ضمنوا المولى قيمة العبد وإن شاءوا استسعوا العبد فى ديونهم، فإن ضمنوا المولى القيمة فلا سبيل لهم على العبد حتى يعتق وبقى العبد مأذونا على حاله، وإن استسعوا العبد أخذوا من السعاية ديونهم بكمالها وبقى العبد مأذونا على حاله هندية، وبه ظهر معنى الاستثناء ط أى فى قوله: إلا إن الخ بخلاف العتق كما مر فإنه باتباع أحدهما لايبرأ الآخر (قوله أحد الشيئين) وهما تضمين المولى واستسعاء العبد (قوله ولو أعتقه المولى الخ) هذا مرتبط بقوله وصح إعتاقه لابمسألة المدبر. قال الزيلعى: ولو أعتقه المولى بإذن الغرماء فلهم أن يضمنوا مولاه القيمة، وليس هذا كإعتاق الراهن عبد الرهن بإذن المرتهن وهو معسر،

بأقل من الديون (وغيبه المشترى) قيد به لأن الغرماء إذا قدروا على العبد كان لهم فسخ البيع كما مر (ضمن الغرماء البائع قيمته) لتعديه (فإن رد) العبد (عليه بعيب قبل القبض) مطلقا أو بخيار رؤية أو شرط (أو بعده بقضاء رجع) السيد (بقيمته على الغرماء وعاد حقهم في العبد) لزوال المانع (وإن رد بعد القبض لا بقضاء فلا سبيل لهم على العبد للمولى ولا لعبد على القيمة) لأن الرد بالتراضى إقالة وهى بيع فى حق غيرهما (وإن فضل من دينهم شيء رجعوا به على العبد بعد الحرية) كما مر (أو ضمنوا مشتريه)

لأنه قد خرج(١) عن الرهن بإذنه والعبد المأذون له لا يبرأ من الدين بإذن الغريم اهـ أى فى عتقه أما المدبر فلا ضمان بإعتاقه مطلقا لما ذكره المؤلف من التعليل فتدبر ط. وعبارة الطورى وقوله : وضمن شمل ما إذا أعتق بإذن الغرماء الخ (قوله بأقل من الديون) أى وكان بلا إذن الغرماء والدين حال ، وأما إذا كان بخلاف هذه الأشياء الثلاثة ، فلا ضمان على المولى نهاية . وزاد المقدسى عن شرح الجامع لأبى الليث وكان البيع بأقل من القيمة ، أما لو باعه بقيمته أو أكثر وقبض وهو فى يده فلا فائدة فى التضمين ولكن يدفع الثمن إليهم اهـ نقله السائحانى (قوله وغيبه) بالغين المعجمة در منتقى (قوله كان لهم فسخ البيع) أى قبل قضاء القاضى لهم بالقيمة فلو بعده ففيه تفصيل يأتى عن الزيلعى (قوله كما مر) أى قبل نحو صفحة عن السراجية (قوله ضمن الغرماء البائع قيمته) أى سواء كانت قدر الثمن أو دونه أو أزيد هذا إذا كانت قدر الدين أو دونه ، فلو كانت أزيد يضمن بقدر الدين فقط رحمتى (قوله لتعديه) أى ببيعه وتسليمه إلى المشترى منح (قوله فإن رد العبد) يعنى إذا اختاروا أخذ القيمة من المولى ثم ظهر العبد واطلع المشترى على عيب ورده به الخ (قوله قبل القبض الخ) نظر فيه الشرنبلالى بأن الصورة فيما إذا غيبه المشترى ، وليس إلا بعد القبض قال : ولعله إنما ذكر ذلك لقوله مطلقا ليقابله بقوله أو بعده بقضاء (قوله مطلقا) أى بقضاء أو رضا ح (قوله أو بخيار رؤية أو شرط) أى مطلقا قبل القبض أو بعده بقضاء أو رضا فكان عليه تأخير قيد الإطلاق إلى هنا ح ، وإنما لم يحتج للقضاء لأن العيب يمنع تمام الصفقة فيكون الرد فسخا وخيار الشرط يمنع ابتداء الحكم فكأن البيع لم يكن لعدم شرطه وهو الرضا ، وخيار الرؤية يمنع تمام الحكم فالرد بهما لا يكون إلا فسخا رحمتى (قوله أو بعده بقضاء) راجع لما فى المتن أى أو رد بعيب بعد القبض بقضاء لأنه بالقضاء يصير فسخا رحمتى (قوله لزوال المانع) أى من تعلق حقهم بالعبد وهو البيع والتسليم الذى هو سبب الضمان . قال الزيلعى : فصار كالغاصب إذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له أن يرد المغصوب على المالك ويرجع عليه بالقيمة التى دفعها إليه (قوله فلا سبيل لهم على العبد) أى فى استسعائه (قوله ولا للمولى على القيمة) أى فى استردادها من الغرماء (قوله وهى بيع فى حق غيرهما) أى غير المتبايعين كما تقدم فى الإقالة أنها فسخ فى حق المتبايعين بيع جديد فى حق ثالث والغرماء ثالث ففى حقهم كأنه اشتراه من مشتريه وبيعه الأول على حاله رحمتى ؛ فلذا قال : فلا سبيل لهم على العبد ولا للمولى على القيمة فليس المراد بالغير العبد فافهم (قوله أو ضمنوا مشتريه) أى ضمنوه القيمة لأنه متعد بالشراء والقبض والتغييب زيلعى ؛ قال ح : وأنت خبير أن

---

(١) (قوله لأنه قد خرج الخ) قال شيخنا هذا تعليل لغير مذكور وتقديره ولهم استسعاء العبد الذى أذنوا بعتقه ، وليس للمرتهن استسعاء عبد الرهن الذى أذن الراهن بعتقه وهو معسر لأنه الخ .

وحاصل الفرق : أن إذن الغرماء بإعتاق العبد ليس إبراء العبد ولهم استسعاؤه وأما إذن المرتهن فإخراج العبد عن الرهن ، وإسقاط لماله فيه من حق الحبس فلا يكون له استسعاؤه ولو كان المولى معسرا ، فلا يقال إنه يستسعى العبد حال إعسار المولى لأنه المنتفع بهذا الإعتاق ولا يمكن الرجوع على المولى لإعساره لما علمت من إسقاطه حقه بالإذن وبهذا تعلم أنه كان الأحسن إبداله قوله فلهم أن يضمنوا المولى بقوله فلهم استسعاء العبد اهـ .

عطف على البائع أى إن شاءوا ضمنوا المشترى ويرجع المشترى بالثمن على البائع (أو أجازوا البيع وأخذوا الثمن) لاقيمة العبد (وإن باعه) السيد (معلما بدينه) يعنى مقرا به لامنكرا كماسيجىء

الثمن وإن كان أقل من الدين فى مسألتنا كما ذكره الشارح ، لكن القيمة قد تكون أكثر من الدين : فينبغى تقييد ضمان القيمة بما إذا كانت مثل الدين أو أقل : أما لو كانت أكثر فينبغى أن لا يضمن إلا مقدار الدين كما لايخفى وحينئذ ينظر فى كيفية الرجوع على البائع اه قال ط : إن كان الثمن قدر ماضمن من القيمة رجع به وإن كان المضمون أكثر فلا وجه لرجوع المشترى على البائع بالزيادة فليتأمل اه (قوله عطف على البائع) إنما يصح لو كان قوله ضمنوا ليس من عبارة المتن وهو خلاف ما رأيناه فى النسخ وعليه فهو عطف على قوله ضمن من عطف الجمل (قوله ويرجع المشترى بالثمن على البائع) لأن أخذ القيمة منه كأخذ العين زيلعى ، وقوله : بالثمن أشار به إلى أنه لايرجع بما ضمن ، بل بما أداه للبائع من الثمن وما بقى من القيمة لا مطالبة له على البائع به وظاهر أن هذا فيما إذا كانت القيمة أكثر من الثمن اه شرنبلالية (قوله أو أجازوا البيع الخ) قال الزيلعى . حاصله : أن الغرماء يخيرون بين ثلاثة أشياء إجازة البيع ، وتضمين أيهما شاءوا ثم إن ضمنوا المشترى رجع المشترى بالثمن على البائع ، وإن ضمنوا البائع سلم المبيع للمشترى وتم البيع لزوال المانع ، وأيهما اختاروا تضمينه برئ الآخر حتى لايرجعون عليه وإن نويت القيمة عند الذى اختاروه ، ولو ظهر العبد بعد ما اختاروا تضمين أحدهما ليس لهم عليه سبيل إن كان القاضى قضى لهم بالقيمة ببينة أو بإباء يمين لأن حقهم تحول إلى القيمة بالقضاء ، وإن قضى بالقيمة بقول الخصم مع يمينه ، وقد ادعى الغرماء أكثر منهم فهم بالخيار إن شاءوا رضوا بالقيمة ، وإن شاءوا ردوها وأخذوا العبد فيبيع لهم ، لأنه لم يصل إليهم كمال حقهم بزعمهم وهو نظير المغصوب فى ذلك كذا ذكره فى النهاية ، وعزاه إلى المبسوط :

قال الراجى عفو ربه : الحكم المذكور فى المغصوب مشروط بأن تظهر العين وقيمتها أكثر مما ضمن ، ولم يشترط هنا ذلك وإنما شرط أن يدعى الغرماء أكثر مما ضمن وأن كمال حقهم لم يصل إليهم بزعمهم ، وبينهما تفاوت كثير لأن الدعوى قد تكون غير مطابقة ، فيجوز أن تكون قيمته مثل ماضمن أو أقل ، فلا يثبت لهم الخيار فيه وإنما يثبت لهم الخيار إذا ظهرو قيمته أكثر مما ضمن فلا يكون المذكور هنا مخلصا اه :

ويجاب بما ذكره الشلبى عن خط قارئ الهداية بأن لهم أن يردوا ما أخذوا وإن كانت قيمته مثل ما ضمن أو أقل لأن لهم فيه فائدة وهو حق استسعائه بجميع دينه أبو السعود وبمثله أجاب الطورى (قوله معلما بدينه) اسم فاعل من الإعلام حال من ضمير السيد : وعبارة الهداية والكنز وأعلمه بالدين : قال فى الكفاية أى أعلم البائع المشترى بأن هذا العبد مديون ، وفائدته سقوط خيار المشترى فى الرد بعيب الدين حتى يقع البيع لازما فيما بين البائع والمشترى ، وإن لم يكن لازما فى حق الغرماء إذا لم يكن فى ثمنه وفاء بديونهم اه ومثله فى التبيين وغيره وسيشير إليه الشارح (قوله يعنى مقرا به لامنكرا كما سيجىء) قد علمت أن قوله معلما حال من السيد البائع فهو وصف له والذى سيجىء اعتبار إقرار المشترى لا البائع ، وأصل هذا الكلام لابن الكمال حيث ذكر أن فائدة قوله معلما تظهر فى المسألة الآتية وهى قوله : وإن غاب البائع فالمشترى ليس بخصم لهم لو منكرا دينه قال فإنه دل بمفهومه على أنه يخاصم مقرا فلابد من فرض العلم حتى يتيسر تصوير الإنكار مرة والإقرار أخرى اه لكنه لم يفسر الإعلام بالإقرار كما فعل الشارح ، بل جعله مبنى تصوير الإنكار الآتى صريحا والإقرار المفهوم ضمنا ولذا قال ح : إن قوله مقرا به لايصلح تفسيرا للمتن ولا تقييدا له وقد غلط فى عبارة ابن الكمال ولم يفهمها اه :

لتحقق المخاصمة ويسقط خيار المشترى لاالغرماء (فللغرماء رد البيع) إن لم يصل ثمنه إليهم لأن قبضهم الثمن دليل الرضا للبيع إلا إذا كان فيه محاباة فإما أن ترفع أو ينقض البيع ابن كمال وقال المصنف : هذا إذا كان الدين حالا وكان البيع بلا طلب الغرماء والثمن لايفى بدينهم وإلا فالبيع نافذ

ويمكن أن يكون قوله يعنى مقرا تفسيرا لمفعول باع الأول : أى باع مشتريا مقرا أو حالا من المشترى المفهوم من المقام ولو قال لمقر لكان أظهر وفيما ذكره ابن الكمال من الفائدة نظر لأن المسألة رباعية غاب العبد، وقد مر غاب البائع أو غاب المشترى وسيأتى ، حضر الكل : وهى التى الكلام فيها ولذا قال ط : هذا مفروض فيما إذا كان العبد حاضرا ليباين قوله سابقا ، وإن باعه سيده وغيبه المشترى فلو قال المصنف : وإن كان العبد حاضرا فلهم الفسخ بحضرتهما لكان أخصر وأوضح اه وفى هذه إن كان المشترى مقرا بالدين فالأمر ظاهر ، وإن كان منكرا فعلى الغرماء إثباته لعدم المانع لوجود الخصم فيها ، وإنما الكلام فى غيبة البائع ، فإن كان المشترى مقرا لهم رد البيع لأنه خصم وإلا فلا ، فقوله معاما فى مسألة حضرة الكل لايظهر له فائدة فى هذه المسألة أصلا وإنما فائدته ما مر عن الكفاية وغيرها فتدبر هذا ما ظهر لى (قوله لتحقق المخاصمة) تحقق فعل مضارع حذف منه إحدى التاءين والمخاصمة فاعل يعنى أن فائدة إقرار المشترى بالدين فيما إذا غاب البائع صحة كونه خصما للغرماء فى رد البيع (قوله فللغرماء رد البيع) لأن حقهم تعلق به وهو حق الاستسعاء أو الاستيفاء من رقبته ، وفى كل منهما فائدة فالأول تام مؤخر ، والثانى ناقص معجل وبالبيع تفوت هذه الخيرة فكان لهم رده زيلعى (قوله إن لم يصل ثمنه إليهم) قال فى الهداية قالوا تأويل المسألة إذا لم يصل إليهم الثمن ، فإن وصل ولا محاباة فى البيع ليس لهم أن يردوه لوصول حقهم قال الزيلعى : وفيه نظر لأنه يشير إلى أنهم لايكون لهم خيار الفسخ عند وصول الثمن إليهم ، إذا لم يكن فى البيع محاباة وإن لم يف الثمن بحقهم ، وإن كان فى البيع محاباة ثبت لهم خيار الفسخ ، وإن وفى الثمن بحقهم وليس كذلك بل لهم خيار الفسخ إذا لم يف الثمن بحقهم ، وإن لم يكن فيه محاباة لأجل الاستسعاء وقد ذكره بنفسه قبيله ولاخيار لهم إن وفى الثمن بحقهم وإن كان فيه محاباة لوصول حقهم إليه(١) ولو قال وتأويل المسألة فيما إذا باعه بثمن لايفى بدينهم استقام وزال الإشكال لأن الثمن إذا لم يف بدينهم لهم نقض البيع كيفما كان وإذا وفى ليس لهم نقضه كيفما كان وإذا لم يوجد شيء مما ذكرنا من تأجيل الدين وطلبهم البيع ، ووفاء الثمن بالدين فالبيع موقوف حتى يجوز بإجازة الغرماء وهى مسألة الكتاب اه ونحوه فى شروح الهداية (قوله لأن قبضهم الخ) تعليل لمفهوم قوله إن لم يصل ثمنه إليهم والتقدير : فإن وصل ليس لهم الرد لأن الخ والأولى أن يقول بالبيع ط .

ثم إن هذا جواب عن صاحب الهداية وأصله لصاحب النهاية حيث قال : اللهم إلا أن يريد بقوله : فإن وصل ولا محاباة فى البيع رضاهم بأخذ الثمن وهو رضا بالبيع ثم قال : ولكن احتمال إحضار الثمن والتخلية بينهم وبين الثمن بلفظ الوصول باق فكان المعول عليه قول الإمام قاضيخان تأويله إذا باع بثمن لايفى بديونهم اه .

وحاصله : أن الوصول يحتمل معنى الإحضار والتخلية كما يحتمل معنى القبض فلا يدل على الرضا . أقول: لكن قول صاحب الهداية قبله إن لهم الخيار إذا لم يف الثمن بحقهم قرينة ظاهرة ، على أنه أراد بالوصول القبض كى لايتناقض كلامه وإعمال الكلام أولى من إهماله سيما من مثل هذا الإمام ، ولذا جزم به ابن الكمال وجعل ما سواه من حشاوى الأوهام (قوله إلا إذا كان فيه محاباة) إذ لهم حينئذ أن يقولوا إنما قبضنا الثمن لاعتقادنا أنه تمام القيمة ابن كمال أى فلا يدل على الرضا ما لم يف الثمن بحقهم (قوله وقال المصنف) أى تبعا للزيلعى وغيره (قوله هذا) أى ثبوت رد البيع للغرماء (قوله وإلا فالبيع نافذ) أى بأن كان الدين مؤجلا ، لأنه باع ملكه قادرا

(١) قوله (لوصول حقهم إليه) هكذا بخطه ولعل الصواب : لوصول حقهم إليهم تأمل اه مصححه .

لزوال المانع (وإن غاب المانع) وقد قبضه المشترى (فالمشترى ليس بخصم لهم) او منكرا دينه خلافا للثانى ولو مقرا فخصم كما مر (ولو بقلبه) بأن غاب المشترى والبائع حاضر (فالحكم كذلك) أى لاخصومة (إجماعا) يعنى حتى يحضر المشترى لكن لهم تضمين البائع قيمته أو إجازة البيع وأخذ الثمن :

(عبد قدم مصرا وقال أنا عبد فلان مأذون فى التجارة فباع واشترى) فهو مأذون وحينئذ (لزمه كل شىء من التجارة وكذا) الحكم (لو اشترى) العبد (وباع ساكتا عن إذنه وحجره) كان مأذونا استحسانا لضرورة التعامل وأمر المسلم محمول على الصلاح فيحمل عليه ضرورة شرح الجامع ومفاده تقييد المسألة بالمسلم ابن كمال (و) لكن (لايباع لدينه) إذا لم يف كسبه (إلا إذا أقر مولاه به) أى بالإذن أو أثبته الغريم بالبينة

على تسليمه قبل تعلق حق الغير أو كان البيع بإذنهم ، لأنه بمنزلة بيعهم لأنفسهم ، ومحله إذا باعه من غير محاباة ، وإلا فالظاهر ثبوت الرد لهم لما تقدم ط :

قلت : الظاهر كون المولى وكيلا عنهم فيجرى فيه ما مر فى كتاب الوكالة تأمل. قال أبو السعود : وكذا ينفذ إذا كان بإذن القاضى كما قدمناه اهـ أو كان الثمن بفى بدينهم لأن حقهم قد وصل إليهم (قوله لزوال المانع) وهو حق الغرماء (قوله ليس بخصم لهم) لأن الدعوى تتضمن فسخ العقد ، فيكون الفسخ قضاء على الغائب زيلعى (قوله منكرا دينه) أى لو كان المشترى منكرا دين العبد (قوله خلافا للثانى) حيث قال : هو خصم ويقضى للغرماء بدينهم لأنه يدعى الملك لنفسه فى العين فيكون خصما لمن ينازعه فيها زيلعى (قوله ولو مقرا فخصم) لأن إقراره حجة عليه فيفسخ بيعه إذا لم يف الثمن بديونهم زيلعى (قوله لاخصومة إجماعا) لأن الملك واليد للمشترى ولايمكن إبطالها وهو غائب فما لم يبطل ملكه لا تكون الرقبة محلا لحقهم زيلعى (قوله لكن لهم تضمين البائع قيمته) لأنه صار مفوتا حقهم بالبيع والتسليم ، فإذا ضمنوه القيمة جاز البيع فيه وكان الثمن للبائع زيلعى (قوله أو إجازة البيع) وتكون بمنزلة الإذن السابق ، ولم يذكر تضمين المشترى إذا كان مقرا بديونهم : والظاهر أن لهم ذلك ويحرر وهى الخيارات التى جرت فى المسألة السابقة ط (قوله فهو مأذون) أى يصدق فى حق كسبه حتى تقضى به ديونه استحسانا ولو غير عدل لأن فى ذلك ضرورة وبلوى ، لأن إقامة الحجة عند كل عقد غير ممكن زيلعى (قوله ساكتا) حال من العبد أى لم يخبر بشىء (قوله ومفاده) أى مفاد قوله وأمر المسلم وكذا قول الزيلعى لأن الظاهر أنه مأذون له لأن عقله ودينه يمنعانه عن ارتكاب المحرم لكن قال ح فى النفس منه شىء اهـ :

قلت : لأنه خبر فى المعاملة وقد قالوا الخبر ثلاثة : خبر فى الديانة تشترط له العدالة دون العدد ، وخبر فى الشهادة ، فالعدالة والعدد ، وخبر فى المعاملة فلا يشترط واحد لئلا يضيق الأمر ، ولأنه فى الهداية علله بأنه إن أخبر بالإذن فالإخبار دليل عليه وإلا فتصرفه جائز ، لأن الظاهر أن المحجور يجرى على موجب حجره ، والعمل بالظاهر هو الأصل فى المعاملات كى لايضيق الأمر على الناس اهـ فقد اقتصر على العمل بالظاهر والضرورة ، فيشمل الكل ولا ينافيه ذكر العقل والدين ولأنه بالنظر لبعض الأشخاص تأمل (قوله بالمسلم) أى بالعبد المسلم (قوله ولكن لايباع الخ) لأنه لايقبل قوله فى الرقبة لأنها خالص حق المولى ، بخلاف الكسب لأنه حق العبد هداية (قوله أو أثبته الغريم بالبينة) أى بحضرة المولى وإلا فلا تقبل لأن العبد ليس بخصم فى رقبته ، وإن أقر العبد بالدين فباع القاضى أكسابه وقضى دين الغرماء ثم جاء المولى ، وأنكر الإذن فإن برهن الغرماء على الإذن وإلا ردوا للمولى ماأخذوا من ثمن كسبه ، ولا ينقض بيع القاضى ، لأنه له ولاية بيع مال الغائب ويؤخر حقهم إلى العتق لأن المحجور لايؤاخذ بأقواله للحال إتقانى عن مبسوط شيخ الإسلام :

(وتصرف الصبي والمعتوه) الذي يعقل البيع والشراء (إن كان نافعا) محضا (كالإسلام والاتهاب صح بلا إذن وإن ضارا كالطلاق والعتاق) والصدقة والقرض (لا وإن أذن به وليهما وما تردد) من العقود (بين نفع وضرر كالبيع والشراء توقف على الإذن) حتى لو بلغ فأجازه نفذ (فإن أذن لهما الولي فهما في شراء وبيع كعبدمأذون) في كل أحكامه :

(والشرط) لصحة الإذن (أن يعقلا البيع سالبا للملك) عن البائع (والشراء جالبا له) زاد الزيلعي : وأن يقصد الربح ويعرف الغبن اليسير من الفاحش

مبحث في تصرف الصبي ومن له الولاية عليه وترتيبها

(قوله وتصرف الصبي والمعتوه الخ) ذكر هذه المسألة في هذا الكتاب نظرا إلى إذن ولي الصبي ، وكونه مأذونا بإذنه وبين حكمه وذكرها في كتاب الحجر حيث قال : ومن عقد منهم وهو يعقله أجاز وليه أو رده نظرا إلى كونه محجورا وبين حكمه بعقوبية (قوله الذي يعقل البيع والشراء) صفة لكل من الصبي والمعتوه ط عن الحموي (قوله محضا) أي من كل الوجوه (قوله والاتهاب) أي قبول الهبة وقبضها وكذا الصدقة قهستاني (قوله وإن ضارا) أي من كل وجه أي ضررا دنيويا ، وإن كان فيه نفع أخروي كالصدقة والقرض (قوله كالطلاق والعتاق) ولو على مال فإنهما وضعا لإزالة الملك وهي ضرر محض ، ولا يضر سقوط النفقة بالأول وحصول الثواب بالثاني ، وغير ذلك مما لم يوضعا له إذ الاعتبار للوضع وكذا الهبة والصدقة وغيرهما قهستاني (قوله لا وإن أذن به وليهما) لاشتراط الأهلية الكاملة ، وكذا لو أجازه بعد بلوغه إلا إذا كانت بلفظ يصلح لابتداء العقد كأوقعت الطلاق أو العتاق ، وكذا لا تصح من غيره كأبيه ووصيه والقاضي للضرر :

قلت : ومواضع الضرورة مستثناة عن قواعد الشرع كما لو كان مجبوبا أو ارتد أو أسلمت امرأته وأبى الإسلام أو كاتب وليه حظه من عبد مشترك ، واستوفى بدلها فقد صار الصبي مطلقا في قول كما صار معتقا وتمامه في القهستاني والبرجندي در منتقى (قوله كالبيع) أي ولو بضعف القيمة لأن العبرة بأصل وضعه دون ما عرض له باتفاق الحال وهو بأصله متردد بخلاف الهبة له وتحقيقه في المنح (قوله في كل أحكامه) فيصير مأذونا بالسكوت ويصح إقراره بما في يده من كسبه ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته كما في العبد جوهرة ولا يتقيد بنوع من التجارة ويجوز بيعه بالغبن الفاحش عنده خلافا لهما إلى غير ذلك من الأحكام التي في العبد زيلعي ثم استثنى آخر الباب فقال : إلا أن الولي لا يمنع من التصرف في مالهما وإن كان عليهما دين ، ولا يقبل إقراره عليهما وإن لم يكن عليهما دين بخلاف المولى . والفرق أن إقرار الولي عليهما شهادة ، لأنه إقرار على غيره فلا يقبل ودينهما غير متعلق بمالهما ، وإنما هو في الذمة لأنهما حران فكان للولي أن يتصرف بعد الدين كما كان له قبله اهـ :

أقول : وهذا في الحقيقة فرق بين المولى والولي لا بين العبد والصبي ، فلا حاجة لاستثنائه لأن الكلام في تصرفات الصبي أشار إليه في المعراج (قوله أن يعقلا البيع الخ) أي أن يعرفا مضمون البيع لا مجرد العبارة بعقوبية وغيرها قال في الولوالجية : فإنه ما من صبي لقن البيع والشراء إلا ويتلقنهما (قوله سالبا للملك) أي ملك المبيع وجالبا للثمن وبالعكس في الشراء (قوله زاد الزيلعي) أي تبعا لغيره من شراح الهداية وغيرهم (قوله وأن يقصد الربح) كان ينبغي له أن يأتي بألف التثنية في يقصد ويعرف ليناسب المتن ح لكن حكى الشارح عبارة الزيلعي وإفراد الضمير هنا باعتبار المذكور والخطب سهل (قوله ويعرف الغبن الخ) بحث شيخنا في هذا الشرط بأن الفرق بين اليسير والفاحش مختص بحذاق التجار فينبغي أن لا يعتبر ح :

وهو ظاهر (ووليه أبوه ثم وصيه) بعد موته ثم وصى وصيه كما فى القهستانى عن العمادية (ثم) بعدهم (جده) الصحيح وإن علا (ثم وصيه) ثم وصى وصيه قهستانى زادالقهستانى والزيلعى ثم الوالى بالطريق الأولى (ثم القاضى أو وصيه) أيهما تصرف يصح فلذا لم يقل ثم (دون الأم أو وصيها) هذا فى المال

قلت : وأصله للعلامة يعقوب باشا محشى صدر الشريعة ذكره أوائل كتاب الوكالة ، لـكنه بحث مصادم للمنقول في المذهب ، فالشأن فى تأويله ولعل مرادهم فيما تـكون قيمته معروفة مشهورة وإلا فغيره قد يغبن فيه أعقل الناس ، أو المراد أن يعرف أن الخمسة فيما قيمته عشرة مثلا غبن فاحش وأن الواحد فيها يسير ، فإن من لم يدرك الفرق بينهماغير عاقل كصبى دفع لهورجل كعبا وأخذ به ثوبه فإنه إذا فرح بهولم يعرف أنه مغبونلايصح تصرفه أصلا : والظاهر أن هذا هو المراد . وأجاب فى وكالة السعدية بأ4 قد يقام التمـكن من الشىء مقام ذلك الشىء ، فالتمـكن من المعرفة بالعقل وذلك موجود فى الصبى الذى كلامنا فيه فليتأمل اه .

وحاصله أن ماذكر كناية عن أن يكون عاقلا وليس المراد حقيقة هذه المعرفة فهو من إطلاق اللازم وإرادة الملزوم ،والله تعالى أعلم (قولهوهو ظاهر) كأنهظاهر بالنسبة إليه أو الجملة حالية . والمعنى أنيعرف الغبن المذكور حال كونه ظاهرا لـكل ذىعقل فيكون بمعنى ما أجبنا به (قوله ووليه أبوه) أىالصبى: وفى الهندية : والمعتوه الذى يعقل البيع يأذن له الأب الوصى والجد دون الأخ والعم : وحكمهحكم الصبى ثم ذكر بطلان إذن ابنه له . ويمكن رجوع الضمير فى المتن إلى الصبى والمعتوه باعتبار المذكور ثم هذا إذا بلغ معتوها أما إذا بلغ عاقلا ثم عته لاتعود الولاية إلى الأب قياسا بل إلى القاضى أو السلطان : وفى الاستحسان : تعود إليه قيل الأول قول أبىيوسف والثانى قول محمد ، وقيل الأول قول زفر ، والثانى قول علمائنا الثلاثة كما فى التاترخانية (قوله ثم وصى وصيه) قال الرملى فى حاشية البحر أىوإن بعد كما فى جامع الفصولين (قوله الصحيح) احتراز عن الجد الفاسد كأبى الأم (قوله ثم الوالى) المراد بالوالى من إليه تقليد القضاة بدليل قول الهداية بخلاف صاحب الشرط لأنه ليس إليه تقليد القضاة ح وأخر فى العناية الوالى عن وصى القاضى قال فى اليعقوبية وفيه كلام (قوله بالطريق الأولى) أى ثبوت الولاية للوالى أولى ، لأن القاضى يستمدها منه (قوله ثم القاضى أو وصيه) إنما سمى وصيا مع أن الإيصاء هو الاستخلاف بعد الموت ، لأنه هنا يصير خليفة للأب كأنالأب جعله وصيا فإنفعل القاضى يصير كفعل الأب أبو السعود عن الشمنى : واستشكل فى اليعقوبية تأخير القاضى بما سيأتى من أن القاضى لو أذن للصغير وأبى أبوه يصير مأذونا قال فإنه يستلزم تقدمه على الأب فى الإذن كما لايخفى اه :

أقول : وسنذكر جوابه (قوله أيهما تصرف صح الخ) أى أن كلا منهما فى مرتبة واحدة كما قاله فى الدر المنتقى قال القهستانى : وإنما عدل عن كلمة الترتيب إلى التسوية إشعارا بصحة ولاية كل من الوالى والقاضى ووصيه بعد موت وصى وصى الجد اه :

وحاصله : أنه لاولاية للجد معوصى الأب ولا للوالى والقاضى مع الجد أو وصيه وبعد الجد أووصيه لاترتيب (قوله دون الأم أو وصيها) قال الزيلعى : وأما ماعدا الأصول من العصبة كالعم والأخ أو غيرهم كالأم ووصيها وصاحب الشرطةلايصح إذنهم له لأنهم ليس لهم أنيتصرفوا فىماله تجارة فكذا لايملكون الإذنله فيها والأولون يملكون التصرف فى ماله فكذا يملكون الإذن له فى التجارة اه (قولههذا فىالمال) ليس على إطلاقه. فنى وكالة البحر عن خزانة المفتين : وليس لوصى الأم ولاية التصرف فى تركة الأم مع حضرة الأب أو وصيه أو وصى وصيه أو الجد ، وإن لم يكن واحد ممن ذكرنا فله الحفظ وبيع المنقول لاالعقار والشراء للتجارة ، وما استفاده

بخلاف النكاح كما مر فى بابه :

(رأى القاضى الصبى أو المعتوه أو عبدهما) أو عبد نفسه كما مر (يبيع ويشترى فسكت لايكون) سكوته (إذنا فى التجارة و) القاضى (له أن يأذن لليتيم والمعتوه إذا لم يكن له ولى ولعبدهما إذاكان لكل واحد منهما) من الصبى والمعتوه (ولى وامتنع) الولى من (الإذن عند طلب ذلك منه) أى من القاضى زيلعى :

قلت : وفى البرجندى عن الخزانة لو أبى أبوه أو وصيه صح إذن القاضى له زاد شارح الوهبانية ولاينحجر بعد ذلك أصلا لأنه حكم إلا بحجر قاض آخر فتدبر :

[فروع] لو أقر الإنسان

الصغير من غير مال الأم مطلقا وتمامه فيها اه لكن بيع المنقول من الحفظ قال فى السابع والعشرين من جامع الفصولين : ولو لم يكن أحد منهم ، فلوصى الأم الحفظ وبيع المنقول من الحفظ ، وليس له بيع عقاره ولا ولاية الشراء على التجارة إلا شراء مالابد منه من نفقة وكسوة وما ملكه اليتيم من مال غير تركة أمه فليس لوصى أمه التصرف فيه منقولا أو غيره وتمامه فيه فراجعه (قوله بخلاف النكاح) فإنه لامدخل للأوصياء فيه بل هو للأولياء وللأم ولايته أيضا عند عدم العصبة :

[تتمة] للصبى أوالمعتوه المأذون أن يأذن لعبده أيضا لأن الإذن فى التجارة تجارة وليس لابن المعتوه أن يأذن لأبيه المعتوه ، ولا أن يتصرف فى ماله وكذا إذا كان الأب مجنونا وتمامه فى التبيين (قوله أو عبد نفسه) أى عبد القاضى لنفسه بناء على مافهمه صاحب الأشباه وقدمنا مافيه (قوله كما مر) أى أوائل كتاب المأذون (قوله لايكون إذنا) لأنه لاحق له فى مال الغير حتى يكون الإذن إسقاطا لحقه ذكره الزيلعى أو الكتاب ، وهو يفيد كونه إذنا لعبده فيتأيد ماقدمناه (قوله إذاكان لكل واحد منهما) صوابه أو كان بأو بدل إذا عطفا على لم يكن كما عبر به الزيلعى عند قول الكنز : ويثبت بالسكوت ، وقوله : ولعبدهما عطف على اليتيم والمعتوه . وانظر مانكتة تأخيره ، وقوله عند طلب متعلق بقوله يأذن :

والحاصل : أن القاضى يصح إذنه لهما عند عدم الولى ، فإن كان فلا إلا إذا امتنع الولى وهذا مايأتى عن البرجندى والنظم وعلله فى معراج الدراية بأن الأب صار عاضلا له ، فتنتقل الولاية إلى القاضى بسبب عضله كالولى فى باب النكاح اه وبه ظهر أنه لايلزم منه تأخر ولاية الأب عن القاضى : ولذا قال فى التاترخانية فإنه جائز وإن كانت ولاية القاضى مؤخرة عن ولاية الأب والوصى ، وبه اندفع ماقدمناه عن اليعقوبية فتدبر (قوله قلت وفى البرجندى الخ) ومثله فى الخلاصة ، ولعله أعاده مع أنه مافى المتن ، لأنه ليس فيه تقييد الإذن بوقت الطلب ، فيفيد أنه قيد اتفاقى ومثله مايأتى عن النظم ، وكذا قول الهندية عن المحيط فرأى القاضى أن يأذن له وأبى أبوه تأمل (قوله لايحجر(١) بعد ذلك أصلا) أى وإن مات القاضى أو عزل بخلاف موت الأب أو الوصى للعلة التى ذكرها وبه صرح فى التتارخانية (قوله إلا بحجر قاض آخر) فلا يتحجر بحجر الأب تاترخانية (قوله لو أقر الإنسان) أى أقر الصبى والمعتوه المأذونان كما فى النهاية والهندية ، والمراد بالإنسان غير الأب الآذن لما فى التاترخانية : الصبى المأذون من جهة الأب إذا أقر لأبيه بمال فى يده أو بدين لم يصح إقراره اه ومفهومه أنه لو كان مأذونا من جهة القاضى يصح إقراره لأبيه يدل عليه مافى الولوالجية : لو باع صبى مأذون له من أبيه وعليه دين بما يتغابن فيه جاز فإن أقر بقبض الثمن لم يصدق

---

(١) (قوله لايحجر) وكذلك قوله (فلا يتحجر بحجر الأب) هكذا بخطه والذى فى نسخ الشارح (ولا ينحجر) ولعله الصواب فليتأمل اه مصححه .

بما معهما من كسب أو إرث صح على الظاهر كمأذون درر :

المأذون لا يكون مأذونا قبل العلم به إلا فى مسألة ما إذا قال بايعوا عبدى فإنى أذنت له فبايعوه وهو لا يعلم صار مأذونا ، بخلاف قوله بايعوا ابنى الصغير لايصح الإذن للآبق والمغصوب المجحود ولابينة ، ولايصير محجورا بهما على الصحيح أشباه وفي الوهبانية :

ولو أذن القاضى لطفل وقد أبى أبوه يصح الإذن منه فيتجر

إلا ببينة لأنه إقرار للأب وقد استفاد الإذن منه كما لو ادعى الأب الإيفاء اه (قوله بما معهما) يتناول العين والدين نهاية (قوله صح على الظاهر) يعنى إن أقرا أن ماورثاه من أبيهما لفلان صح ن ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة أنه لايصح فيما ورثه لأن صحة إقراره في كسبه لحاجته إلى ذلك فى التجارات ولا حاجة فى الموروث ، وجه الظاهر أنه بانضمام رأى الولى التحق بالبالغ وكل من المالين ملكه فصح إقراره فيهما درر وكون الميراث من الأب غير قيد كما فى النهاية (قوله كمأذون) هذا ليس فى الدرر على أن المأذون لاإرث له سائحانى (قوله إلا فى مسألة الخ) حاصله أن اشتراط العلم إذا كان الإذن قصديا فلو ضمنيا كهذه جاز بدونه ونقل البيرى عن الولوالجية أنه لايصير مأذونا قال فصار فيه روايتان (قوله فبايعوه وهو لايعلم صار مأذونا) فكان له أن يبايع غيرهم ، ولو لم يبايعوه بل بايعه قوم آخرون لاتصح مبايعتهم ولا يصير مأذونا لأن الإذن ثبت فى ضمن مبايعة الذين أمرهم فلا يثبت الإذن قبلها تاترخانية ، وبه يظهر كون الإذن فيها ضمنيا وإن قال فإنى أذنت له فتدبر (قوله بخلاف قوله بايعوا ابنى الصغير) لم يظهر لى وجه الفرق فلينظر حموى :

قلت : وعلى الرواية الثانية لافرق وفى شرح تنوير الأذهان عن الزيادات لو قال بع عبدك من ابنى الصغير بألف فباعه بها إن علم الابن أمر الأب جاز وإلا فلا ، وفى بعض الروايات : جاز مطلقا ، وحمل بعض المشايخ الأول على القياس ، والثانى على الاستحسان وبعضهم قال على الروايتين :

والحاصل : أن الإذن بالتصرف لو ثبت مقصودا يشترط له علم المأذون ولو ثبت ضمنا لغيره ، فقيل فيه قياس واستحسان ، وقيل روايتان: ومن المشايخ من قال لافرق بينهما وهو الظاهر اه ملخصا. قال أبو السعود : وهو صريح فى رد المخالفة التى ذكرها المصنف بقوله بخلاف ما إذا قال بايعوا ابنى الصغير اه وأقره شيخنا هبة الله البعلى فى شرحه على الأشباه (قوله لايصح الإذن للآبق) عللوا عدم انحجار العبد بالإباق على قول زفر بأنه لاينافى ابتداء الإذن ، وعليه مشى فى فن القواعد من الأشباه فقال : الإذن له صحيح ، لكن قال الزيلعى لنا أن نمنعه لأن الإباق يمنع الابتداء على ماذكره شيخ الإسلام ، وذكر فى شرح المجمع أنه محمول على اختلاف الرواية ، وذكر فى العناية إن علم به كان مأذونا (قوله المجحود ولا بينة) أى تشهد بالغصب وفي الخالية أذن للآبق لايصح وإن علم الآبق ، وإن أذن له فى التجارة مع من كان العبد فى يده صح وإن أذن للمغصوب أن الغاصب مقرا أو عليه بينة صح ، وإلا فلا لأنه لو باعه فى هذا الوجه جاز بيعه فجاز إذنه (قوله على الصحيح) فى الخانية العبد المأذون ينحجر بالإباق لاالمدبر المأذون والصحيح أن العبد المأذون لاينحجر بالغصب ، وكذا بالأسر قبل الإحراز بل بعده ، فإن وصل إلى مولاه بعد ذلك لايعود مأذونا ، وكذا إن عاد من الإباق فى الأصح اه ملخصا قال فى شرح تنوير الأذهان : فكلام المصنف ليس على إطلاقه اه أى بالنسبة إلى الإباق فكلامه محمول على المدبر المأذون لاالعبد المأذون أى القن وبه تندفع المنافاة بين ماهنا وبين مامر فى المتن فافهم (قوله ولو أذن القاضى)

وضمن يعقوب الصغير وديعة ... وتحليفه يفتى به حيث ينكر
ولو رهن المحجور أو باع أوشرى ... وجوزه المولى فما يتغير

لتوقف تصرف المحجور على الإجازة فلو لم يجز بل أذن له فى التجارة فأجازها العبد جاز استحسانا ولو لم يأذن له فأعتقه فأجازها لم تصح إجازته قال : وكذا الصبى المميز .

قلت : ولايخفى أن ماهو تبرع ابتداء ضار فلايصح بإذن ولى الصغير كالقرض انتهى ، والله أعلم .

كتاب الغصب

(هو) لغة : أخذ الشىء مالا أو غيره كالحر على وجه التغلب . وشرعا (إزالة يد محقة)

مستغنى عنه بما مر متنا وشرحا (قوله يعقوب) هو اسم يوسف العلم (قوله الصغير) أى المحجور وفى القنية استودع صبيا ألفا فاستهلكها لم يضمن عندهما وقال أبو يوسف : يضمن فى ماله ولو ركب الدابة الوديعة فعطبت على الخلاف ، وإن استودعها عبدا محجورا فاستهلكها ضمنها بعد العتق عندهما ، وقال أبو يوسف : يباع فيها ولو كانت عبدا فقتله الصبى أو العبد فهو كقبلهما ماليس بوديعة عندهما ، والفرق أن المولى لايملك روح العبد ، ولا التسليط عليه بخلاف المتاع والدابة ولو أقرض صبيا وعبدا محجورين لاضمان فى الحال ولا المآل بلا خلاف ، وقيل القرض على الخلاف شرنبلالى (قوله وتحليفه الخ) أى المأذون أى لو ادعى على المأذون شيئا فأنكره اختلفوا فى تحليفه ذكر فى كتاب الإقرار يحلف وعليه الفتوى خانية فلو قال : « وحلف مأذونا إذا هو ينكر » لكان أشبه شرنبلالى (قوله ولو رهن المحجور) المراد به هنا العبد وإن كان الصبى العاقل مثله فافهم (قوله فما يتغير) أى بل يبقى ماصنعه على حاله لصحته باجازة مولاه (قوله قال) يعنى ابن وهبان المفهوم من قوله وفى الوهبانية (قوله وكذا) أى كالعبد المحجور فيما ذكر (قوله قلت الخ) البحث للشرنبلالى على أن هذا وارد على القرض ، ولم يذكر فى النظم وإنما ذكره الشرنبلالى فهو اعتراض على غير مذكور ح أقول هو داخل فى عموم التصرف المذكور فى التعليل فافهم ، والله تعالى أعلم .

كتاب الغصب

وجه المناسبة كما قال الإتقانى : أن المأذون يتصرف فى الشىء بالإذن الشرعى والغاصب بلا إذن شرعى ، ولما كان الأول مشروعا قدمه وسيأتى أن الغصب نوعان مافيه إثم ومالا إثم فيه وأن الضمان يتعلق بهما (قوله هو لغة أخذ الشىء) وقد يسمى المغصوب غصبا تسمية بالمصدر (قوله إزالة يد محقة) أى بفعل فى العين كما ذكره ابن الكمال ليخرج الجلوس على البساط ، فإن الإزالة موجودة فيه لكن لابفعل فى العين ح وفى كون الإزالة موجودة هنا نظر كما ستعرفه فتدبر . ولا يضمن ماصار مع المغصوب بغير صنعه كما إذا غصب دابة فتبعتها أخرى أو ولدها لايضمن التابع لعدم الصنع ، وكذا لو حبس المالك عن مواشيه حتى ضاعت لايضمن لما ذكرنا ولعدم إثبات اليد المبطلة زيلعى فإن قيل وجد الضمان فى مواضع ولم تتحقق العلة المذكورة كغاصب الغاصب فإنه يضمن وإن لم يزل يد المالك بل أزال يد الغاصب والملتقط إذا لم يشهد مع القدرة على الإشهاد مع أنه لم يزل يدا وتضمين الأموال بالإتلاف تسببا كحفر البئر فى غير الملك ، وليس ثمة إزالة يد أحد ولا إثباتها ؟ فالجواب : أن الضمان فى هذه المسائل لامن حيث تحقق الغصب بل من حيث وجود التعدى كما فى العناية . وقال الديرى فى التكملة . وقد يدخل فى حكم الغصب ماليس بغصب إن ساواه فى حكمه كجحود الوديعة لأنه لم يوجد الأخذ ولا النقل اهـ .

ولو حكما كجحوده لما أخذه قبل أن يحوله (بإثبات يد مبطلة) واعتبر الشافعي إثبات اليد فقط والثمرة فى الزوائد فثمرة بستان مغصوب لاتضمن عندنا خلافا له درر (فى مال) فلايتحقق فى ميتة وحر (متقوم)

إذا علمت هذا ظهر سقوط ما أورده الشلبي معزيا للخانية وجرى عليه بعضهم من أنه إذا قتل إنسانا فى مفازة وترك ماله ولم يأخذه فإنه يكون غصبا مع عدم أخذ شيء وما إذا غصب عجلا فاستهلكه حتى ييبس لبن أمه يضمن قيمة العجل ونقصان الأم وإن لم يفعل فى الأم شيئا لما علمت من أن وجوب الضمان لا باعتبار تحقق الغصب بل من حيث وجود التعدى ، وإن لم يتحقق الغصب أبو السعود .

أقول : التزام هذا يوجب ضمان العقار والزوائد لوجود التعدى فليتأمل وزاد بعضهم بعد قوله إزالة يد محقة أو قصرها عن ملكه كما إذا استخدم عبدا ليس فى يد مالكه .

قلت : يرد عليه أنه يشمل العقار مع أن المراد إخراجه فتأمل (قوله ولو حكما) مبالغة على قوله إزالة يد فإن يد المودع يد صاحب الوديعة قبل الجحود وبعده أزيلت يد صاحبها حكما ، ولو أخره بعد قوله بإثبات يد مبطلة لكان أولى فإن ذلك إثبات يد مبطلة حكما فيكون راجعا إليهما ط . وعلى مامر لاحاجة إلى هذا التعميم فإنه تعد لا غصب ، لكن فى جامع الفصولين فى ضمان المودع عن فتاوى رشيد الدين لو جحدها إنما يضمن إذا نقلها من مكان كانت فيه حال الجحود وإلا فلا ، فلو قلنا بوجوب الضمان فى الوجهين فله وجه اه وعلى الأول الإزالة حقيقية تأمل . نعم نقل فى الخلاصة عن المنتقى الضمان مطلقا (قوله بإثبات يد مبطلة) الباء بمعنى مع كما أشار إليه مسكين والنسبة بين إزالة اليد وإثباتها بالعموم والخصوص الوجهى ، فيجتمعان فى أخذ شيء من يد مالكه بلا رضاه وينفرد الأول فى تبعيد المالك ، والثانى فى زوائد المغصوب أفاده أبو السعود . وفى القهستانى : الأصل إزالة اليد المحقة لا إثبات المبطلة ولهذا لو كان فى يد إنسان درة فضرب على يده فوقعت فى البحر يضمن ، وإن فقد إثبات اليد ولو تلف ثمن بستان مغصوب لم يضمن ، وإن وجد الإثبات لعدم إزالة اليد اه وهذا منطبق على قول محمد كما يأتى فإنه صريح فى أن الغصب هو الإزالة فقط ، وهو خلاف كلام غيره من أنه لابد من الإزالة والإثبات معا لكن قال بعده : وذكر الزاهدى أنه على ضربين ماهو موجب للضمان فيشترط له إزالة اليد وما هو موجب للرد فيشترط له إثبات اليد اه أى كغصب العقار فإنه موجب للرد دون الضمان عندهما قال أبو السعود وبه يحصل التوفيق فى كلامهم اه تأمل (قوله واعتبر الشافعي إثبات اليد فقط) واعتبر محمد إزالة اليد المحقة فى غصب المنقول وفى غيره يقيم الاستيلاء مقام الإزالة كما حققه فى النهاية ولذا ضمن العقار وإن لم تتحقق فيه الإزالة (قوله والثمرة الخ) أى ثمرة الخلاف تظهر فى زوائد المغصوب (قوله لاتضمن عندنا) أى بالهلاك متصلة أو منفصلة لعدم إزالة اليد مالم يمنعها الطلب فتضمن بالإجماع غاية البيان .

قلت : وسيأتى فى الفصل متنا أنها تضمن بالتعدى أيضا وشرحا لو طلب المتصلة لايضمن (قوله فلا يتحقق فى ميتة وحر) وكذا فى كف من تراب وقطرة ماء ومنفعة ، فلو منع صاحب الماشية من نفعها فهلكت لم يضمن قهستانى عن النهاية . قال الرحمتى : والمراد بالميتة أى حتف أنفها من غير السمك والجراد أما المنخنقة وما فى حكمها فهى من الثانى وهو غير المتقوم وأما السمك والجراد فهو مال يتحقق فيه الغصب اه (قوله متقوم) هو بكسر الواو حيث ورد لأنه اسم فاعل ، ولا يصح الفتح على أن يكون اسم مفعول ، فإنه مأخوذ من تقوم وهو قاصر واسم المفعول لايبنى لامن متعد رحمتى عن شرح المنهاج للدميرى وفسره القهستانى بمباح الانتفاع شرعا قال : وهو احتراز عن الخمر والخنزير والمعازف عندهما اه وكأنه لم يفسره بما له قيمة لئلا يتكرر مع قوله مال لكن يخرج

فلايتحقق فى خمر مسلم (محترم) فلا يتحقق فى مال حربى (قابل للنقل) فلا يتحقق في العقار خلافا لمحمد (بغير إذن مالكه) احترز به عن الوديعة .

واعلم أن الموقوف مضمون بالإتلاف مع أنه ليس بمملوك أصلا صرح به فى البدائع فلو قال بلا إذن من له الإذن كما فعل ابن الكمال لكان أولى (لابخفية) احترز به عن السرقة وفيه لابن الكمال كلام (فاستخدام العبد وتحميل الدابة غصب) لإزالة يد المالك (لاجلوسه على بساط) لعدم إزالتها فلايضمن مالم يهلك بفعله ، وكذا لو دخل دار إنسان وأخذ متاعا وجحد فهو ضامن ، وإن لم يحوله ولم يجحد لم يضمن مالم يهلك بفعله أو يخرجه من الدار خالية (وحكمه الإثم لمن علم أنه مال الغير ورد العين قائمة والغرم هالكة

عنه خمر الذمى مع أن الغصب يجرى فى مال الكافر لامحالة كما فى العزمية وإليه أشار الشارح تبعا لابن الكمال وصدر الشريعة بقوله خمر مسلم ، فالأولى تفسيره بماله قيمة شرعا وهو أخص من قوله مال فيكون فصلا فلا يتكرر (قوله فلا يتحقق فى خمر مسلم) قال فى المجتبى : غصب من مسلم خمرا فعليه ضمان الرد وإن لم يكن عليه ضمان القيمة اه فقوله لايتحقق أى غصب الضمان لاغصب الرد فتأمل ط (قوله فى مال حربى) كذا فى النهاية والتبيين لكن مع زيادة كونه فى دار الحرب شرنبلالية (قوله قابل للنقل) مستدرك مع إزالة اليد بفعل فى العين لكن المصنف لما لم يذكر القيد فى الأول احتاج إلى هذا القيد ح .

قال ط قلت : قد يوجد الفعل فى غير القابل كما إذا هدم الدار وكرب الأرض اه ، يعنى أن العين يشمل غير القابل فتعبير المصنف أحسن تأمل (قوله فلايتحقق فى العقار) خلافا لمحمد لعدم إزالة اليد كما يأتى بيانه قال القهستانى والصحيح الأول فى غير الوقف ، والثانى فى الوقف كما فى العمادى اه وسيذكره الشارح (قوله بغير إذن مالكه) لاحاجة إليه مع قوله بإثبات اليد المبطلة ح (قوله عن الوديعة) أى ونحوها كالعارية لصدق التعريف عليهما سوى قوله بإثبات يد مبطلة وقوله بغير إذن مالكه (قوله لكان أولى) أى وإن أمكن أن يراد بالمالك ولو للمنفعة كما قال بعضهم أو للتصرف ، وكالوقف الموصى بمنفعته ومافى يد وكيل أو أمين (قوله وفيه لابن الكمال كلام) حاصله : أن السرقة داخلة باعتبار أصلها فى الغصب إلا أن فيها خصوصية أدخلتها فى الحدود ، فلا ينافى دخولها باعتبار أصلها فى الغصب كالشراء من الفضولى ، فإنه غصب مع أنه مذكور فى بابه من البيوع باعتبار مافيه من خصوصية بها صار من مسائل البيوع اه وأجاب السائحانى بأنه أراد بقوله : لابخفية مايقطع به فإنه لو هلك لايضمن مع أن المغصوب شأنه أن يضمن بعد الهلاك اه وهو حسن (قوله فاستخدام العبد) أى ولو مشتركا كما فى القهستانى وهذا لو استعمله لنفسه فلو لغيره أى فى عمل غيره لاضمان كما يأتى آخر الغصب . وسنذكر عن البزازية هناك أن هذا أيضا إذا خدمه عقب الاستخدام وإلا لاضمان (قوله وتحميل الدابة) أى ولو مشتركة وكذا ركوبها ، فيضمن نصيب صاحبها ، ولو ركب فنزل وتركها فى مكانها لم يضمن ، لأن الغصب لم يتحقق بدون النقل كما فى المحيط . وينبغى أن يكون الاستخدام كذلك قهستانى . لكن إذا تلفت بنفس الحمل والركوب يضمن ، وإن لم يحولها لوجود الإتلاف بفعله كما يأتى ، وكذا يضمن ببيع حصته من الدابة المشتركة وتسليمها للمشترى بغير إذن شريكه كما فى فتاوى قارئ الهداية أبو السعود وقدمه الشارح آخر الشركة عن المحبية (قوله لإزالة يد المالك) أى وإثبات اليد المبطلة فيهما منح (قوله لعدم إزالتها) أى يد المالك لأن البسط فعل المالك فتبقى يد المالك مابقى أثر فعله ، لعدم مايزيلها بالنقل والتحويل تبيين وغيره ، ومثله لو ركب الدابة ولم يزل عن مكانه معراج ، فقول ح صوابه لإزالتها لابفعل فى العين اه فيه كلام وهو مبنى على ماقدمه عن ابن الكمال (قوله وكذا لو دخل الخ) التشبيه فى الضمان المقدر بعد قوله مالم يهلك بفعله فإن تقديره فيضمن (قوله وإن لم يحوله) أى يحول مايستعمله من العبد والدابة .

ولغير من علم الأخيران) فلا إثم لأنه خطأ وهو مرفوع بالحديث (المغصوب منه مخير بين تضمين الغاصب وغاصب الغاصب إلا إذا كان فى الوقف المغصوب بأن غصبه وقيمته أكثر وكان الثانى أملأ من الأول فإن الضمان على الثانى) كذا فى وقف الخانية

وهو إشارة إلى ماقدمناه وقوله: ولم يجحد أى فى مسألة أخذ المتاع وهو محترز قوله وجحد، ومثله الدابة لما فى البزازية قعد فى ظهرها ولم يحولها لايضمن مالم يجحدها وقوله مالم يهلك بفعله أو يخرجه من الدار أى فى مسألة المتاع أيضا فانظر ماأحسن هذه العبارة القليلة وما تضمنته من الفوائد الجليلة (قوله ولغير من علم الأخيران) أى وحكمه لغير من علم أنه مال الغير الرد أو الغرم فقط دون الإثم (قوله بالحديث) وهو قوله عليه الصلاة والسلام « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان » معناه رفع مأثم الخطأ إتقانى (قوله المغصوب منه مخير الخ) وكذا له تضمين كل بعضا كما سيأتى متنا ويستثنى أيضا مافى جامع الفصولين هشم إبريق فضة لأحد ثم هشمه الآخر برىء الأول من الضمان(١) وضمن الثانى مثلها، وكذا لوصب ماء على بر ثم صب عليه الآخر ماء وزاد فى نقصانه برىء الأول وضمن الثانى قيمته يوم صب الثانى إذ لايمكن للمالك رد البر والإبريق إلى الحالة التى فعل الأول ليضمنه المثل أو القيمة اه تأمل، هذا وكالغصب منه ما إذا رهنه الغاصب أو آجره أو أعاره فهلك كما فى شرح الطحاوى . وقال فى حاوى القدسى : الغاصب إذا أودع المغصوب عند إنسان فهلك فلصاحبه أن يضمن أيهما شاء فإن ضمن المودع رجع به على الغاصب وإن ضمن الغاصب لم يرجع بشىء، وإن غصب من الغاصب فهلك فى يد الثانى إن ضمن الثانى لم يرجع على الأول، وإن ضمن الأول رجع على الثانى بيرى وسيأتى قبيل الفصل مسائل أخر (قوله المغصوب) نعت للوقف (قوله بأن غصبه) أى الغاصب الثانى (قوله وقيمته أكثر) جملة حالية قيد لقوله غصبه (قوله كذا فى وقف الخانية) أى فى آخر إجارة الأوقاف منها . ونصها : رجل غصب أرضا موقوفة قيمتها ألف ثم غصب من الغاصب رجل آخر بعد ماازدادت قيمة الأرض وصارت تساوى ألفى درهم ، فإن المتولى يتبع الغاصب الثانى إن كان مليا على قول من يرى جعل العقار مضمونة بالغصب ، لأن تضمين الثانى أنفع للفقير، وإن كان الأول أملأ من الثانى يتبع الأول ، لأن تضمين الأول يكون أنفع للوقف وإذا اتبع القيم أحدهما برئ الآخر عن الضمان كالمالك إذا اختار تضمين الغاصب الأول أو الثانى برىء الآخر اه وهكذا نقلها البيرى ، ونقلها أيضا فى شرح تنوير الأذهان : لكن قال وإن كان الأول أملأ من الثانى يتبع القيم أحدهما وبإتباع أحدهما يبرأ الآخر عن الضمان الخ قال أبو السعود في حاشية الأشباه : فالنقل عن الخانية قد اختلف ، وعبارة المصنف يستفاد من مفهومها موافقة ماذكره البيرى اه ،

أقول : الذى وجدته فى الخانية هو ماقدمته بحروفه والمستفاد من كلام المصنف هو الثانى، وقد يقال : لامخالفة ولا اختلاف فى النقل فإن قول الخانية وإن كان الأول أملأ يتبع الأول ليس على سبيل اللزوم، بل له أن يتبع الثانى بدليل مابعده فمن قال يتبع أحدهما أتى بحاصل كلام الخانية ، ويقربه أنه عبر بقوله أملأ فيفهد أن الثانى ملىء أيضا لأن أملأ أفعل تفضيل ، فلذا كان القيم بالخيار ، وهذا هو المفهوم من قول المصنف مخير إلا إذا كان الخ فإن مفهومه أنه إذا لم يكن الثانى أملأ أى بأن كان الأول أملأ يبقى على خياره فقول ح فى كلام المصنف اختصار مخل

---

(١) (قوله برىء الأول من الضمان) أى ضمان القيمة أما ضمان النقصان الذى حصل بهشمه فعليه ولا يبرأ منه لأن الثانى إنما يضمنه على الحالة التى هشم فيها وهو حينئذ كان ناقصا بهشم الأول وكذا يقال فى مسألة البراءة اهـ ،

وفى غصبها غصب عجلا فاستهلكه ويبس لبن أمه ضمن قيمة العجل ونقصان الأم وفى كراهيتها من هدم حائط غيره ضمن نقصانه ولم يؤمر بعمارته إلا فى حائط المسجد .

وفى القنية : تصرف فى ملك غيره ثم ادعى أنه كان بإذنه فالقول للمالك إلا إذا تصرف فى مال امرأته

مدفوع(١) فافهم (قوله وفي غصبها) أى غصب الخانية ونقله فى النهاية عنها وعن الذخيرة قائلا إن هذا الفرع مخالف للأصل الذى ذكروه حيث أوجب نقصان الأم ، وإن لم يفعل الغاصب فى الأم فعلا يزيل يد المالك اه وقدمنا الكلام عليه أول الكتاب (قوله من هدم حائط غيره ضمن نقصانه) فى شرح النقاية للعلامة قاسم إن شاء ضمنه قيمة الحائط والنقض للضامن ، وإن شاء أخذ النقض وضمنه النقصان وليس له أن يجبره على البناء كما كان ، لأن الحائط ليس من ذوات الأمثال وطريق تضمين النقصان أن تقوم الدار مع حيطانها وتقوم بدون هذه الحائط فيضمن فضل ما بينهما اه ، ومنه يظهر ما فى كلام المصنف حموى . وقيل : إن كان الحائط جديدا أمر بإعادته وإلا لا .

وفى البزازية : هدم جدار غيره من التراب وأعاده مثل ما كان برىء ، وإن كان من الخشب فأعاده كما كان فكذلك ، وإن بناه من خشب آخر لا يبرأ لأنه متفاوت ، حتى لو علم أن الثانى أجود يبرأ اه وفيها لو فيه تصاوير مصبوغة يضمن قيمة الجدار والصبغ لا التصاوير ، لأنها حرام اه يعنى إذا كانت لذى روح وإلا فيضمن قيمتها أيضا أبو السعود وهذا فى غير الوقف بيرى ، وأما الوقف فيأتى قريبا (قوله إلا فى حائط المسجد) لم يذكره قاضيخان على سبيل الاستثناء كما ذكره المصنف ، ولم يظهر لى الفرق بين حائط المسجد وحائط غيره ، والعلة بأنه ليس من ذوات الأمثال جارية فى حائط المسجد حموى . وفى شرح البيرى ، أما الوقف فقد قال فى الذخيرة : وإذا غصب الدار الموقوفة فهدم بناء الدار وقطع الأشجار للقيم أن يضمنه قيمة الأشجار والنخيل والبناء إذا لم يقدر الغاصب على ردها ويضمن قيمة البناء مبنيا وقيمة النخيل ثابتا فى الأرض ، لأن الغصب ورد هكذا اه .

مطلب فيما لو هدم حائط

أقول : ومقتضاه أنه إذا أمكنه رد البناء كما كان وجب ولم يفصل فيه(٢) بين المسجد وغيره من الوقف ولهذا قال البيرى فيما سبق وهذا فى غير الوقف . وفى إجارات فتاوى قارىء الهداية فيمن استأجر دارا وقفا فهدمها وجعلها طاحونا أو فرنا أجاب بأنه ينظر القاضى ، إن كان ما غيرها إليه أنفع وأكثر ريعا أخذ منه الأجرة وأبقى ما عمره للوقف وهو متبرع ، وإلا ألزم بهدمه وإعادته إلى الصفة الأولى بعد تعزيره بما يليق بحاله اه. فظهر أن لا فرق بين المسجد وغيره من الوقف ، بخلاف الملك ويحتاج إلى وجه الفرق كما مر ، ولعله قولهم يفتى بما هو أنفع للوقف ، ولا شك أن تعميره كما كان أنفع من الضمان تأمل. ثم رأيت فى حاشية الرملى على الفصولين عن الحاوى : ولو ألقى نجاسة فى بئر خاصة يضمن النقصان دون النزح وفى بئر العامة يؤمر بنزحها كما مر فى هدم حائط المسجد لأن للهادم نصيبا فى العامة ويتعذر تمييز نصيب غيره عن نصيبه فى إيجاب الضمان بخلاف الخاصة اه (قوله وفى القنية الخ)

---

(١) (قوله مدفوع) قد يقال هو باق فإن مفهوم عبارة المصنف لو كان الثانى ليس أملأ تكون المسائل على أصل الخيار وتحت هذا المفهوم ثلاث صور : منها ما إذا كان الثانى مليئا لا أملأ فمقتضاه ثبوت الخيار مع أن المذكور فى الخانية اتباعه لا الخيار. نعم قد اندفع اعتراض ح بالنسبة لعجز عبارة الخانية اه .

(٢) (قوله ولم يفصل فيه الخ) انظر كيف يتأتى التفصيل المذكور مع كون موضوع المسألة معينا وهو الدار اه .

فماتت وادعى أنه كان بإذنها وأنكر الوارث فالقول للزوج (ويجب رد عين المغصوب) ما لم يتغير تغيرا فاحشا مجتبى (فى مكان غصبه) لتفاوت القيم باختلاف الأماكن (ويبرأ بردها ولو بغير علم المالك) فى البزازية غصب دراهم إنسان من كيسه ثم ردها فيه بلا علمه برئ وكذا لو سلمه إليه بجهة أخرى كهبة أو إيداع أو شراء وكذا

ونصها : رجل كان يتصرف فى غلات امرأته ويدفع ذهبها بالمرابحة ثم ماتت فادعى ورثتها أنك كنت تتصرف فى مالها بغير إذنها فعليك الضمان فقال الزوج : بل بإذنها فالقول قول الزوج ، لأن الظاهر شاهد له أى والظاهر يكفى للدفع حموى .

قلت : وسيأتى فى شتى الوصايا فيما لو عمر دار زوجته أنه لو اختلفا فى الإذن وعدمه فالقول لمنكره تأمل .

مطلب فى رد المغصوب وفيما لو أبى المالك قبوله

(قوله ويجب رد عين المغصوب) لقوله عليه الصلاة والسلام « على اليد ما أخذت حتى ترد » ولقوله عليه الصلاة والسلام « لا يحل لأحدكم أن يأخذ مال أخيه لاعبا ولاجادا ، وإن أخذه فليرده عليه » زيلعى ، وظاهره أن رد العين هو الواجب الأصلى ، وهو الصحيح كما سيذكره الشارح وسنوضحه (قوله ما لم يتغير تغيرا فاحشا) سيأتى تفسيره بأنه ما فوت بعض العين وبعض نفعه وإنه حينئذ يتسلم الغاصب العين ويدفع قيمتها ، أو يدفعها ويضمن نقصانها والخيار فى ذلك للمالك رحمتى (قوله لتفاوت القيم الخ) فلو غصب دراهم أو دنانير فطالبه المالك فى بلدة أخرى عليه تسليمها ، وليس للمالك طلب القيمة وإن اختلف السعر ، ولو غصب عينا فلو القيمة فى هذا المكان مثلها فى مكان الغصب أو أكثر فللمالك أخذ المغصوب لا القيمة ، ولو القيمة أقل أخذ القيمة على سعر مكان الغصب أوانتظر حتى يأخذه فى بلده ، ولو وجده فى بلد الغصب والتقص السعر يأخذ العين لاالقيمة يوم الغصب ، وإن كان هلك وهو مثلى وسعر المكانين واحد يبرأ برد المثل ، ولو سعر هذا المكان الذى التقيا فيه أقل أخذ المالك القيمة فى مكان الغصب وقت الغصب أو انتظر ، ولو القيمة فى هذا المكان أكثر أعطاه الغاصب مثله فى مكان الخصومة أو قيمته حيث غصب مالم يرض المالك بالتأخير ، ولو القيمة فى المكانين سواء للمالك أن يطالبه بالمثل منح عن الخانية ملخصا (قوله ويبرأ بردها) أى ردالعين المغصوبة إلى المغصوب منه أى العاقل لما فى البزازية غصب من صبى ورده إليه إن كان من أهل الحفظ يصح الرد وإلا لا اهـ .

وشمل الرد حكما لما فى جامع الفصولين : وضع المغصوب بين يدى مالكه برئ ، وإن لم يوجد حقيقة القبض وكذا المودع ، بخلاف ما لو أتلف غصبا أو وديعة فجاء بالقيمة لايبرأ ما لم يوجد حقيقة القبض ، وفيه أتى بقيمة المتلف فلم يقبلها المالك قال أبو نصر : يرفع الأمر إلى القاضى حتى يأمره بالقبول فيبرأ ، وفيه جاء بما غصبه فلم يقبله مالكه فحمله الغاصب إلى بيته برئ ولم يضمن ، ولو وضعه بين يديه فلم يقبله فحمله إلى بيته ضمن ، وهو الأصح لأنه يتم الرد فى الثانية بوضعه ، وإن لم يقبله فإذا حمله بعده إلى بيته غصب ثانيا أما إذا لم يضعه بين يديه لم يتم الرد اهـ والمراد بوضعه وضعه بحيث تناله يده كما فى البزازية ، وفيها أما إذا كان فى يده ولم يضعه عند المالك فقال للمالك : أخذه فلم يقبله صار أمانة فى يده (قوله غصب دراهم إنسان من كيسه) أى أخذ جميع ما فيه(١) لما فى الثالث من البزازية أيضا ، ولو فى كيسه ألف أخذ رجل نصفها ثم رد النصف إلى الكيس بعد أيام يضمن النصف المأخوذ المردود لا غير وقيل يبرأ بردها إلى الكيس اهـ تأمل . وفيها ركب دابة غيره وتركها مكانها يضمن على قول الثانى ، والصحيح أنه لايضمن عند الإمام حتى يحولها من موضعها وإذا

---

(١) (قوله أى أخذ جميع مافيه) قال شيخنا : الذى يظهر أن الخلاف فى مثل هذا الرد لا فى خصوص البعض لأنه لافرق بين كل وبعض ويقربه ماسيأتى فى رد الدابة المغصوبة إلى إصطبل مالكها هل يكفى أو لابد من التسليم فى اليد تأمل اهـ .

لو أطعمه فأكله خلافا للشافعي زيلعي (أو) يجب رد (مثله إن هلك وهو مثلى وإن انقطع المثل) بأن لايوجد في السوق الذى يباع فيه وإن كان يوجد فى البيوت ابن كمال (فقيمته يوم الخصومة) أى وقت القضاء وعند أبى يوسف يوم الغصب وعند محمد يوم الانقطاع ورجحا قهستانى (وتجب القيمة فى القيمى يوم غصبه) إجماعا (والمثلى المخلوط بخلاف جنسه) كبر مخلوط بشعير وشيرج مخلوط بزيت ونحو ذلك كدهن نجس (قيمى) فتجب قيمته يوم غصبه وكذا كل موزون يختلف بالصنعة كقمقم وقدر درر وديس ذكره فى الجواهر زاد المصنف : ورب وقطر لأن كلا منها يتفاوت بالصنعة ولا يصح السلم فيها ولا تثبت دينا فى الذمة :

لبس ثوب غيره ثم نزعه ووضعه فى مكانه فهو على الخلاف وهذا فى لبسه على العادة ، فإن كان قميصا فوضعه على عاتقه ثم أعاده إلى مكانه لايضمن اتفاقا لأنه حفظ لا استعمال اه (قوله خلافا للشافعى) أى فى مسألة الأكل قال فى جامع الفصولين : وأجمعوا أنه لو كان برا فطحنه وخبزه وأطعمه مالكه أو تمرا فنبذه وسقاه إياه أو كرباسا فقطعه وخاطه وأكساه إياه لم يبرأ إذ ملكه زال بما فعل (قوله وهو مثلى) سنذكر بيان المثلى فى آخر سوادة الشارح الآتية (قوله ابن كمال) ومثله فى التبيين عن النهاية معزيا إلى البلخى (قوله يوم الخصومة) أى المعتبرة وهى ما تكون عند القاضى ولذا قال : أى وقت القضاء (قوله ورجحا) أى قول أبى يوسف وقول محمد وكان الأولى أن يقول أيضا أى كما رجح قول الإمام ضمنا لمشى المتون عليه وصريحا . قال القهستانى : وهو الأصح كما فى الخزانة وهو الصحيح كما فى التحفة ، وعند أبى يوسف يوم الغصب ، وهو أعدل الأقوال كما قال المصنف وهو المختار على ما قال صاحب النهاية ، وعند محمد يوم الانقطاع وعليه الفتوى كما فى ذخيرة الفتاوى ، وبه أفتى كثير من المشايخ (قوله يوم غصبه إجماعا) هذا فى الهلاك كما هو فرض المسألة. قال القهستانى : أما إذا استهلكت فكذلك عنده وعندهما يوم الاستهلاك اه . وفى جامع الفصولين : غصب شاة فسمنت ، ثم ذبحها ضمن قيمتها يوم غصب لا يوم ذبحه عنده وعندهما يوم ذبحه ، ولو تلف بلا إهلاكه ضمن قيمتها يوم غصب اه (قوله وشيرج الخ) أفاد أنه لا فرق بين ما تعسر تمييزه أو تعذر (قوله كدهن نجس) فإنه قيمى ولعله أراد المتنجس كما عبر به فيما يأتى قريبا لأنه المتقوم ؛ قال الشارح فى باب البيع الفاسد : ونجيز بيع الدهن المتنجس والانتفاع به فى غير الأكل بخلاف الودك اه ؛ أى لأنه جزء الميتة : نعم قدم فى باب الأنجاس جواز الاستصباح بالودك فى غير مسجد لكن لا يلزم منه تقومه ، نعم قدمنا قبيل الشهادات عند قوله صب دهنا لإنسان وقال كانت نجسة عن الشيخ شرف الدين أنه يضمن القيمة لا المثل: بقى ما لو كان طاهرا فنجسه ففى حاشية الأشباه عن البزازية نظر إلى دهن غيره وهو مائع حين أراد الشراء فوقع من أنفه دم وتنجس ، إن بإذنه لايضمن ، وإلا فإن الدهن مأكولا ضمن مثل ذلك القدر والوزن وإن غير مأكول يضمن النقصان تأمل (قوله كقمقم وقدر) وكذا القلب بالضم وهو السوار المفتول من طاقين ، لكن قال فى الخلاصة : إذا غصب قلب فضة إن شاء المالك أخذه مكسورا وإن شاء تركه وأخذ قيمته من الذهب ، وإن كان القلب من الذهب يضمن من الدراهم قال فى العناية : إذ لو أوجبنا مثل القيمة من جنسه أدى إلى الربا أو مثل وزنه أبطلنا حق المالك فى الجودة والصنعة اه ملخصا (قوله ورب وقطر) فى القاموس : الرب بالضم سلافة خثارة كل ثمرة بعد اعتصارها والقطر ما قطر الواحدة قطرة وبالكسر النحاس الذائب وبالضم الناحية اه وهو فى عرف مصر والشام السكر المذاب على النار (قوله يتفاوت بالصنعة) قال فى حاوى الزاهدى : أتلف دبسه فعليه قيمته ، لأن كل ما كان من صنيع العباد لايمكنهم مراعاة المماثلة لتفاوتهم فى الحذاقة ، ولو جعل الدابس أجرة فى الإجارات لايجوز ثم رمز أنه يجوز استقراضه وقال فعليه هو مثلى

قلت : وفى الذخيرة والجبن قيمى فى الضمان مثلى فى غيره كالسلم وفى المجتبى : السويق قيمى لتفاوته بالقلى وقيل مثلى وفى الأشباه الفحم واللحم ولو نيئا والآجر قيمى وفى حاشيتها لابن المصنف هنا وفيما يجلب التيسير معزيا للفصولين وغيره وكذا الصابون والسرقين أوالورق والإبرة والعصفر والصرم والجلد والدهن المتنجس وكذا الجفنة وكل مكيل وموزون مشرف على الهلاك مضمون بقيمته فى ذلك الوقت كسفينة موقورة أخذت فى الغرق وألقى الملاح ما فيها من مكيل وموزون يضمن قيمتها ساعته كما فى المجتبى ، وفي الصيرفية : صب ماء فى حنطة فأفسدها وزاد فى كيلها ضمن قيمتها قبل صبه للماء لامثلها هذا إذا لم ينقلها

(قوله والجبن قيمى) لأنه يتفاوت تفاوتا فاحشا جامع الفصولين وهو بالضم وبضمتين وكعتل قاموس (قوله ولو نيئا) هذا هو الصحيح والمطبوخ بالإجماع فصولين (قوله والآجر) بالمد وفيه روايتان عن الإمام هندية (قوله وفيما يجلب التيسير) عطف على هنا ح :

مطلب الصابون مثلى أو قيمي

(قوله وكذا الصابون) نقل فى الإسماعيلية من السلم عن الصيرفية قولين قال ولم نر ترجيحا لأحدهما إلا أن فى كلام الصيرفية مايؤذن بترجيح صحة السلم فيه ، ثم قال فتلخص من كلامهم أنه يتسامح فى السلم مالا يتسامح فى ضمان العدوان اه . وأفتى فى الإسماعيلية من الغصب فى موضع بأنه قيمى ، وفى آخر بأنه مثلى :

وأقول : المشاهد الآن تفاوته فى الصنعة والرطوبة والجفاف وجودة الزيت المطبوخ منه وغير ذلك ، ولذا قال فى الفصولين حتى لو كانا سواء بأن اتخذا أعنى الصابونين من دهن واحد يضمن مثله اه فعلى هذا ينبغى أن يقال إن أمكنت المماثلة كأن أتلف مقدارا معلوما وعنده من طبخته المسماة في عرفنا فسخة يضمن مثله منها وإلا فقيمته (قوله والورق) أى ورق الأشجار أما الكاغد فمثلى كما فى الهندية ط :

قلت : وكذا فى الفصولين ، ومقتضى ما قدمناه عن الحاوى أنه قيمى والمشاهد تفاوته تأمل (قوله والعصفر) كذا قال فى الفصولين وذكر قبله عن كتاب آخر أنه مثلى لأنه يباع وزنا ومايباع وزنا يكون مثليا (قوله والصرم) بالفتح الجلد معرب وبالكسر الضرب والجماعة أفاده صاحب القاموس ولعله أراد الإهاب قبل دبغه وبالجلد مادبغ ط (قوله والدهن المتنجس) مكرر بما مر على ما قدمناه (قوله وكذا الجفنة) يعنى مادون نصف سماع كما عبر به القهستانى ، وفى جامع الفصولين الخبز قيمى فى ظاهر الروايات والماء قيمى عندهما ، وعند محمد أنه مكيل والصحيح أن النحاس والصفر مثليان وثمار النخل كلها جنس واحد لايجوز فيها التفاضل للحديث ، وأما بقية الثمار فكل نوع من الشجر جنس يخالف ثمرة النوع الآخر والخل والعصير والدقيق والنخالة والجص والنورة والقطن والصوف وغزله والتبن بجميع أنواعه مثلى اه وفى الحاوى فى كون الغزل مثليا روايتان ، ومن أراد الزيادة فعليه بالفتاوى الحامدية (قوله وكل مكيل) مبتدأ خبره مضمون (قوله كسفينة موقورة) المقصود من التمثيل المكيل والموزون المطروحان ط والوقر بالكسر الحمل الثقيل أو أعم ويقال دابة موقرة كما فى القاموس تأمل (قوله يضمن قيمتهما ساعته) أى ساعة الإلقاء أى قيمته مشرفا على الهلاك ، فإن له قيمة وإن قلت لاحتمال النجاة ، وأفاد أن المثلى يخرج عن المثلية لمعنى خارج ، ثم هذا إذا ألقى بلا إذن واتفاق وإلا ففيه تفصيل سنذكره إن شاء الله تعالى آخر كتاب القسمة (قوله وفى الصيرفية الخ) مثله فى التاترخانية عن القدورى قال وكذا لوصب ماء فى دهن أو زيت (قوله هذا إذا لم ينقلها) أى قبل الصب والإشارة إلى ضمان القيمة : قال فى التاترخانية :

فلو نقلها لمكان ضمن المثل لأنه غصبه وهو مثلى ، بخلاف مالو صب الماء فى الموضع الذى فيه الحنطة بغير نقل اه والآجر قيمى وسيجىء أن الخمر فى حق المسلم قيمى حكما .

والحاصل كما فى الدرر وغيرها : أن كل ما يوجد له مثل فى الأسواق بلا تفاوت يعتد به فهو مثلى وما ليس كذلك فقيمى فليحفظ (فإن ادعى هلاكه) مرتبطة بوجوب رد العين لأنه الموجب الأصلى ورد المثلى والقيمة مخلص على الراجح (حبس حتى يعلم) الحاكم (أنه لو بقى لظهر) أى لأظهره (ثم قضى) الحاكم (عليه بالبدل) من مثل وقيمة (ولو ادعى الغاصب الهلاك عند صاحبه بعد الرد وعكسه المالك) أى ادعى الهلاك عند الغاصب (وأقاما البرهان فبرهان الغاصب) أنه رده وهلك عند المالك (أولى) خلافا للثانى ملتقى ، ولو اختلفا فى القيمة

لأنه لم يكن فيه غصب متقدم (قوله فلو نقلها لمكان الخ) الظاهر أن المراد مجرد تحويلها عن مكانها (قوله بخلاف ما لو صب الخ) لأن الغصب حصل بالإتلاف وليس سابقا عليه كما مر ، وهو حين الإتلاف لم يبق مثليا فيضمن قيمته سابقا عليه تأمل (قوله وسيجىء الخ) أى فى وسط الفصل الآتى (قوله والحاصل الخ) قال فى المنح عن الوقاية : ويجب المثل فى المثلى كالمكيل والموزون والعددى المتقارب .

قال صدر الشريعة : اعلم أنه جعل هذه الأقسام الثلاثة مثليا مع أن كثيرا من الموزونات ليس بمثلى بل من ذوات القيم كالقمقمة والقدر ونحوهما .

فأقول : ليس المراد بالوزنى مثلا ما يوزن عند البيع بل ما يكون مقابلته بالثمن مبنيا على الكيل أو الوزن أو العدد ولا يختلف بالصنعة ، فإنه إذا قيل هذا الشىء بدرهم إنما يقال إذا لم يكن فيه تفاوت ، وحينئذ يكون مثليا ، وإنما قلنا لايختلف بالصنعة حتى لو اختلف كالقمقمة والقدر لايكون مثليا ، ثم مالايختلف بالصنعة إما غير مصنوع ، وإما مصنوع لا يختلف كالدراهم والدنانير والفلوس وكل ذلك مثلى . وإذا عرفت هذا عرفت حكم المذروعات وكلما يقال يباع من هذا الثوب ذراع بكذا فهذا إنما يقال فيما لايكون فيه تفاوت . وقد فصل الفقهاء المثليات وذوات القيم ولا احتياج إلى ذلك ، فما يوجد له المثل فى الأسواق بلا تفاوت يعتد به فهو مثلى وما ليس كذلك فمن ذوات القيم وما ذكر من الكيلى وأخواته فمبنى على هذا اه (قوله بلا تفاوت يعتد به) الظاهر أنه مالا يختلف بسببه الثمن تأمل (قوله مرتبطة الخ) أى هذه العبارة وارتباطها من جهة التفريع على مامر من وجوب رد العين فى المثلى والقيمى (قوله لأنه الموجب الأصلى) لأنه أعدل وأكمل فى رد الصورة والمعنى ، ولذا يطالب به قبل الهلاك ، ولو أتى بالقيمة أو المثل لايعتد به ولذا يبرأ برد العين بلا علم المالك بأن سلمه بجهة أخرى بهبة أو إطعام أو شراء أو إيداع ، وقيل هو المثل أو القيمة ورد العين مخلص ولذا صح إبراؤه عن الضمان مع قيام العين ، فلايضمن بالهلاك . وتصح الكفالة بالمغصوب ولايصح الإبراء عن العين ولا الكفالة بها وتمام تحقيقه فى التبيين . وأفاد القهستانى ضعف الأول وأن الجمهور ذهبوا إلى الثانى وعزاه إلى رهن الهداية والكافى (قوله ورد المثلى) الأصوب المثل بلا ياء (قوله حبس حتى يعلم) يعنى القاضى لايعجل بالقضاء ، وليس لمدة التلوم مقدار بل ذلك موكول إلى رأى القاضى وهذا التلوم إذا لم يرض المغصوب منه بالقضاء بالقيمة له ، وأما إذا رضى بذلك أو تلوم القاضى فإن اتفقا على قيمتها على شىء أو أقام المغصوب منه البينة على ما يدعى من قيمتها قضى بذلك شرنبلالية (قوله وقيمة) الواو بمعنى أو (قوله وعكسه) فعل ماض أو مصدر بالنصب عطفا على الهلاك والمراد عكس قوله عند صاحبه ، وأما عكس قوله بعد الرد فهو صحيح ولكن لايكون له مفهوم إلا إن كان الهلاك بهلاك البعض أو بالنقصان أى هلاك الوصف فتدبر (قوله أولى) أى عند محمد لأنه يثبت الرد وهو عارض والبينة لمن يدعى العوارض زيلعى (قوله خلافا للثانى) فعنده بينة المالك أولى لأنها تثبت وجوب الضمان والآخر

وبرهنا فالبينة للمالك وسيجىء ولو فى نفس المغصوب فالقول للغاصب (والغصب) إنما يتحقق (فيما ينقل فلو أخذ عقارا وهلك فى يده) بآفة سماوية كغلبة سيل (لم يضمن) خلافا لمحمد وبقوله قالت الثلاثة وبه يفتى فى الوقف ذكره العينى: وذكر ظهير الدين فى فتاويه الفتوى فى غصب العقار والدور الموقوفة بالضمان، وأن الفتوى فى غصب منافع الوقف بالضمان:

وفى فوائد صاحب المحيط: اشترى دارا وسكنها ثم ظهر أنها وقف أوكانت للصغير لزمه أجر المثل صيانة لمال الوقف والصغير وفى إجارة الفيض إنما لايتحقق الغصب عندهما فى العقار فى حكم الضمان أما فيما وراء ذلك فيتحقق؛ ألا ترى أنه يتحقق فى الرد فكذا فى استحقاق الأجرة اهـ فليحفظ

ينكر والبينة للإثبات زيلعى: وظاهره اعتماد قول محمد وهو خلاف ما قدمه فى القضاء ط (قوله وسيجىء) أى أول الفصل وسيجىء أيضا أن القول للغاصب بيمينه إن لم يبرهن المالك، وما لوقال: لا أعرف قيمته لكن علمت أنها أقل مما يقوله المالك، ويأتى بيان ذلك (قوله ولو فى نفس المغصوب) بأن قال الغاصب لثوب هذا هو الذى غصبته وقال المالك بل هو هذا (قوله فالقول للغاصب) لأن القول للقابض فى تعيين ما قبض أمينا كان أو ضمينا (قوله لم يضمن) أى عندهما لما قدمناه من عدم إمكان إزالة اليد المحقة عنه (قوله خلافا لمحمد) فإنه كما قدمناه عن النهاية، وإن كان الغصب عنده بإزالة اليد المحقة لكنه فى غير المنقول يقيم الاستيلاء مقام الإزالة (قوله وبه يفتى فى الوقف) أى بأن هلك لابفعل الغاصب كسكناه مثلا بل بآفة سماوية، فالمراد ضمان ذاته لامنافعه بقرينة ما يأتى عن ظهير الدين، ولأن الكلام فيه لا فى المنافع: وسيأتى فى الفصل متنا أن منافع الغصب غير مضمونة إلا أن يكون وقفا أو مال يتيم أو معدا للاستغلال فصرح بضمان منافع الثلاثة، وهنا صرح بضمان ذات الوقف وهل مثله مال اليتيم والمستغل؟ لم أره صريحا فليراجع ثم رأيت فى حاشية الأشباه قال الكمال الفتوى على ضمان العقار فى ثلاثة أشياء الخ (قوله الموقوفة) نعت للعقار والدور جميعا ح:

مطلب شرى دارا وسكنها فظهرت لوقف أو يتيم وجب الأجر وهو المعتمد

(قوله لزمه أجر المثل) خلافا لما صححه فى العمدة، ومشى عليه فى القنية وإن أفتى به فى الاسماعيلية فإنه ضعيف كما فى وقف البحر. وفى القنية من موضع آخر: ادعى القيم منزلا وقفا فى يد رجل فجحد، فأقام البينة عليه وحكم بالوقفية لايجب عليه أجر مامضى، وأما إذا أقر أوكان متعنتا فى الإنكار وجبت الأجرة اهـ وفى الاختيار: باع المتولى منزل الوقف فسكنه المشترى فعلى المشترى أجر المثل اهـ:

قال الحموى: وهو مبنى على تصحيح المحيط، وهو الذى ينبغى اعتماده وقال الشيخ شرف الدين، وهو المختار كما فى التجنيس والمزيد:

قلت: وهوما اعتمده فى وقف البحر ومشى عليه الشارح هناك فى موضعين وهنا وأفتى به فى الخيرية وغيرها فليحفظ (قوله فى الرد) أى فى وجوب رده على مالكه، فلو لم يتحقق الغصب عندهما أيضا فيما عدا الضمان لما تحقق وجوب الرد (قوله فكذا فى استحقاق الأجرة) استشكله محشوهذا الكتاب بأن منافع الغصب إذا استوفاها الغاصب لا تضمن إلا فى الثلاثة المستثناة كما سيذكره فى الفصل:

وأقول: كأنهم ظنوا وجوب الأجر عليه بسكناه وليس كذلك بل المراد أنه لوأجره الغاصب فالأجر المسمى يستحقه العاقد، وإن كان لايطيب له بل يتصدق به أو يرده على المالك كما سنذكره قريبا، وكيف يصح حمله على ما ظنوا مع مناقضته لصدر العبارة فإن وجوب الأجر عليه ضمان، ووجه تحقق الغصب فيه أنه لو لم يتحقق

(قيل) قائله الاستروشنى وعماد الدين فى فصوليهما (والأصح أنه) أى العقار (يضمن بالبيع والتسليم و) كذا (بالجحود فى) العقار (الوديعة وبالرجوع عن الشهادة) بعد القضاء وفى الأشباه العقار لايضمن إلا فى مسائل وعد هذه الثلاثة (وإذا نقص) العقار (بسكناه وزراعته ضمن النقصان) بالإجماع فيعطى ما زاد البذر وصححه فى المجتبى وعن الثانى مثل بذره وفى الصيرفية هو المختار ولو ثبت له قلعه

لكان المستحق للأجرة المالك لا الغاصب فافهم (قوله قيل الخ) هذه عبارة متن الدرر وتعبيره بقيل ربما يشعر بالضعف ، وليس فى كلام الفصول ، ثم قوله الأصح الخ يفيد الاختلاف فيه ، وقول جامع الفصولين : يضمن بالبيع والتسليم بالاتفاق والعقار يضمن بالإنكار عند أبى حنيفة رحمه الله حتى لوأودع رجلا وجحد الوديعة هل يضمن فيه روايتان أيضا عنه ، والأصح أنه يضمن بالبيع والتسليم بالجحود أيضا اه يفيد أوله أنه لاخلاف فيه وآخره أن فيه خلافا شرنبلالية :

أقول : تعبيره بقيل مناسب لأن المتون والفتوى على قول الإمام من أن الغصب لايتحقق فى العقار ، وذكر هذه المسائل كالاستثناء من قوله لم يضمن ، وقول جامع الفصولين والأصح الخ أى على قول الإمام وأبى يوسف ، فيكون موافقا لقول محمد فلا ينافى قوله قبله بالاتفاق : أى بين أئمتنا الثلاث فتدبر : نعم صحح فى الهداية أن مسألة البيع والتسليم على الخلاف فى الغصب : قال الاتقانى احترازا عن قول بعضهم إنها بالاتفاق ، وفى التبيين ومسألة الوديعة على الخلاف فى الأصح، ولئن سلم أى أنها على الاتفاق فالضمان فيها بترك الحفظ الملتزم بالجحود والشهود إنما يضمنون العقار بالرجوع ، لأنه ضمان إتلاف لا ضمان غصب اه : وظاهره تسليم أن مسألة الشهود على الوفاق تأمل (قوله بالبيع والتسليم) يعنى إذا باعه الغاصب وسلمه لأنه استهلاك خانية (قوله فى العقار الوديعة) الذى فى أغلب النسخ والوديعة بالعطف ولا محل له ، لأن المراد جحود العقار إذا كان وديعة (قوله وبالرجوع عن الشهادة) بأن شهدا على رجل بالدار ثم رجعا بعد القضاء ضمنا درر (قوله وعد هذه الثلاثة) الضمان فيها من حيث كونه إتلافا لا من حيث كونه غصبا كما أفاده تعليلهم ط وزاد فى الدر المنتقى الوقف ومال اليتيم والمعد للاستغلال قال فهى ستة اه تأمل (قوله ضمن النقصان بالإجماع) لأنه إتلاف وقد يضمن بالإتلاف مالا يضمن بالغصب أصله الحر إتقانى :

واختلفوا فى تفسير النقصان قال نصير بن يحيى : إنه ينظر بكم تستأجر هذه الأرض قبل الاستعمال وبعده ، فيضمن ما تفاوت بينهما من النقصان ، وقال محمد بن سلمة : يعتبر ذلك بالشراء يعنى أنه ينظر بكم تباع قبل الاستعمال وبكم تباع بعده فنقصانها ما تفاوت من ذلك فيضمنه وهو الأقيس : قال الحلوانى : وهو الأقرب إلى الصواب وبه يفتى كما فى الكبرى لأن العبرة لقيمة العين لا المنفعة ثم يأخذ الغاصب رأس ماله وهو البذر وماغرم من النقصان، وما أنفق على الزرع ويتصدق بالفضل عند الإمام ومحمد فلو غصب أرضا فزرعها كرين فأخرجت ثمانية ، ولحقه من المؤنة قدر كر ونقصها قدر كر فإنه يأخذ أربعة أكرار ويتصدق بالباقى ، وقال أبو يوسف : لايتصدق بشىء وبيانه فى التبيين قال فى الدر المنتقى: وأفاد أنه لايصرفه لحاجته إلا إذا كان فقيرا كالغنى لوتصرف تصدق بمثله ولو أدى لمالكه حل له التناول لزوال الخبث ولايصير حلالا بتكرار العقود وتداول الألسنة ذكره القهستانى (قوله فيعطى ما زاد البذر) التفريع غير ظاهر : قال فى المنح عن المجتبى : زرع أرض غيره ونبت ، فللمالك أن يأمره بقلعه فإن أبى يقلعه بنفسه ، وقبل النبات ترك الأرض حتى تنبت ، فيأمره بقاعه أو أعطاه ما زاد البذر ، فتقوم مبذورة ببذر غيره له حق القلع ، وتقوم غير مبذورة فيعطي فضل ما بينهما وعن أبى يوسف أنه

وتمامه فى المجتبى (كما) يضمن اتفاقا (فى النقلى) ما نقص بفعله كما فى قطع الأشجار ، ولو قطعها رجل آخر أو هدم البناء ضمن هو لا الغاصب (كما لو غصب عبدا وآجره فنقص فى هذه الإجارة) بالاستعمال وهذا ساقط من نسخ الشرح لدخوله تحت قوله (وإن استغله) فنقصه الاستغلال أو آجر المستعار ونقص ضمن النقصان

يعطيه مثل بذره والأول أصح اه (قوله وتمامه فى المجتبى) حيث قال بعد ما مر ولو زرعها أحد الشريكين بغير إذن صاحبه فدفع إليه صاحبه نصف البذر ، ليكون الزرع بينهما قبل النبات لم يجز وبعده يجوز وإن أراد قلع الزرع من نصيبه يقاسمه الأرض فيقلعه من نصيبه ويضمن الزارع نقصان الأرض بالقلع ه قال أستاذنا الصواب نقصان الزرع(١) كما ذكره القدورى فى شرحه اه قال الشيخ خير الدين: الظاهر أن الصواب الأول كما هو المروى لنقصها بقلع الزرع منها قبل إدراكه لضعفها عن الغلة الكاملة فى عامها ذلك كما هو مشاهد وأما الثانى فليس له وجه (قوله بفعله) عبارة الهداية بفعله أو بفعل غيره قال الإتقانى: لأنه مضمون عليه بمجرد الغصب، فلم يتفاوت هلاكه بفعله أو بغير فعله، ولذا وجب عليه قيمته يوم الغصب اه وقوله: أو بغير فعله أعم من قول الهداية أو بفعل غيره لشموله نحو العور والشلل والصمم فإنه يضمن به أيضا كما صرح به فى مسكين (قوله ضمن هو لا الغاصب) كذا فى جامع الفصولين ، وهو مناسب لتقييده أولا بفعله لكن علمت ما فيه وقال السائحانى : الذى فى المقدسى إن كان النقص بفعل الغير خير المالك بين تضمين الغاصب ، ويرجع على الجانى أو يضمن الجانى ، ولا يرجع على أحد اه ونقلها عن الهندية : وفى الجوهرة فإن كان بفعل غيره رجع عليه بما ضمن، لأنه قرر عليه ضمانا كان يمكنه أن يتخلص منه برد العين اه .

أقول : ويمكن الجواب بأنه لما كان مدار الضمان على الجانى قال ضمن هو لا الغاصب فلا ينافى ما مر فتدبر .

[تنبيه] النقصان أنواع أربعة : بتراجع السعر ، وبفوات أجزاء العين، وبفوات وصف مرغوب فيه كالسمع والبصر واليد والأذن فى العبد والصياغة فى الذهب واليبس فى الحنطة وبفوات معنى مرغوب فيه .

فالأول : لا يوجب الضمان فى جميع الأحوال إذا رد العين فى مكان الغصب .

والثانى : يوجب الضمان فى جميع الأحوال .

والثالث: يوجب الضمان فى غير مال الربا نحو أن يغصب حنطة فعفنت عنده أو إناء فضة فهشم فى يده فصاحبه بالخيار إن شاء أخذ ذلك نفسه ولا شىء له غيره ، وإن شاء تركه وضمنه مثله تفاديا عن الربا .

والرابع : هو فوات المعنى المرغوب فيه فى العين كالعبد المحترف إذا نسى الحرفة فى يد الغاصب ، أو كان شابا فشاخ فى يده يوجب الضمان أيضا هذا إذا كان النقصان قليلا أما إذا كان كثيرا فيخير المالك بين أخذه وتركه مع أخذ جميع قيمته وستعرف الحد الفاصل بينهما من مسألة الخرق اليسير والفاحش مسكين (قوله فى هذه الإجارة) الذى فى المنح فى مدة الإجارة وهى أحسن (قوله من نسخ الشرح) أى من المتن الممزوج فيه (قوله لدخوله الخ) إنما يظهر دخوله على ما فى نسخ المنح من قوله وإن استغله ضمن ما نقص وتصدق بالغلة والشارح ذكر ضمان النقصان شرحا لا متنا على ما وجدناه من النسخ (قوله ضمن النقصان) أى من حيث فوات الجزء لا من حيث

---

(١) (قوله الصواب نقصان الزرع) أى النقصان الحاصل فى الأرض بسبب الزرع وليس معناه النقصان الحاصل فى الزرع بسبب قلعه كما فهم الرملى فصوب وكيف يحمل كلام هذا الأستاذ على هذا مع أن فرض المسألة أن فاعل ضمن الزراع ولا يخفى أن الزرع ملك له فيكون ضامنا لنفسه ولا يتصور صدور هذا عن عقل فضلا عن ذى الوجه خصوصا وقد نقله عن شرح القدورى وبحملنا كلام الأستاذ على ذلك الوجه يتحد مع عبارة الرملى بل هي أفود مما قاله الخير فتأمل اه .

و (تصدق بـ) ما بقى من (الغلة) والأجرة خلافا لأبى يوسف كذا فى الملتقى لـكن نقل المصنف عن البزازية أن الغنى يتصدق بكل الغلة فى الصحيح (كما لو تصرف فى المغصوب والوديعة) بأن باعه (وربح) فيه (إذا كان) ذلك (متعينا بالإشارة أو بالشراء بدراهم الوديعة أو الغصب ونقدها) يعنى يتصدق بربح حصل فيهما إذا كانا مما يتعين بالإشارة وإن كانا مما لايتعين فعلى أربعة أوجه فإن أشار إليها ونقدها فـكذلك يتصدق (وإن أشار إليها ونقد غيرها أو) أشار (إلى غيرها) ونقدها (أو أطلق) ولم يشر (ونقدها لا) يتصدق فى الصور الثلاث عند الكرخى قيل (وبه يفتى) والمختار أنه لايحل

السعر ومراده غير الربوى إذ فيه لايمكن ذلك مع استرداد الأصل لأنه يؤدى إلى الربا جوهرة (قوله وتصدق الخ) أصله أن الغلة للغاصب عندنا لأن المنافع لا تتقوم إلا بالعقد والعاقد هو الغاصب فهو الذى جعل منافع العبد مالا بعقده ، فـكان هو أولى ببدلها ، ويؤمر أن يتصدق بها لاستفادتها ببدل خبيث وهو التصرف فى مال الغير درر (قوله بما بقى) أخرج به عبارة المتن كالـكنز عن ظاهرها لـما قال الزيلعى كان ينبغى أن يتصدق بما زاد على ما ضمن عندهما لا بالغلة كلها اه وهو وإن كان ذكره بحثا لـكن جزم به فى متن الملتقى ، فالظاهر أنه منقول والملتقى من المتون المعتبرة، هذا وقال الزيلعى : ولو هلك فى يده بعد ما استغله له أن يستعين بالغلة فى أداء الضمان ، لأن الخبث كان لأجل المالك فلايظهر فى حقه ، بخلاف ما لو باعه الغاصب فهلك وضمن المالك المشترى قيمته فرجع على الغاصب بالثمن لايستعين بها فى أداء الثمن ، لأن المشترى ليس بمالك إلا إذا كان الغاصب فقيرا اه ملخصا فتلخص أنه لا فرق بين النقصان والهلاك فى أنه يستعين ويتصدق بما بقى (قوله لـكن نقل المصنف الخ) استدراك على إطلاق قوله : وتصدق بما بقى أى فإنه مقيد بالفقير لما فى البزازية الغاصب إذا أجر المغصوب فالأجر له ، فإن تلف المغصوب من هذا العمل أو تلف لامنه وضمنه الغاصب له الاستعانة بالأجر فى أداء الضمان وتصدق بالباقى إذا كان فقيرا فإذا كان غنيا ليس له أن يستعين بالغلة فى أداء الضمان فى الصحيح اه وهذه مساوية لعبارة الزيلعى وكلامنا فى النقصان وهذه فى الهلاك ، والظاهر عدم الفرق فيصح الاستدراك فافهم (قوله والوديعة) أى بغير إذن المالك (قوله إذا كان متعينا بالإشارة) وذلك كالعروض فلا يحل له الربح أى ولو بعد ضمان القيمة قال الزيلعى : فإن كان مما يتعين لايحل له التناول منه قبل ضمان القيمة وبعده يحل إلا فيما زاد على قدر القيمة ، وهو الربح فإنه لايطيب له ويتصدق به وفى القهستانى ، وله أن يؤديه إلى المالك ، ويحل له التناول لزوال الخبث (قوله أو بالشراء) لا محل للعطف هنا ولذا قال ط الأخصر الأوضح أن يقول : أو غير متعين ونقده (قوله يعنى يتصدق بربح) تفسير للتشبيه فى قوله كما لو تصرف وبيان لما بعده بعبارة أوضح (قوله فعلى أربعة أوجه) زاد فى التاترخانية عن المحيط خامسا ، وهو ما إذا دفعها إلى البائع ثم اشترى وحكمه كالأول (قوله فـكذلك يتصدق) لأن الإشارة إليه لا تفيد التعيين ، فيستوى وجودها وعدمها إلا إذا تأكد بالنقد منها زيلعى (قوله أو أطلق) بأن قال اشتريت بألف درهم ونقد من دراهم الغصب أو الوديعة عزمية ، وفى التاترخانية عن الذخيرة أنه إذا أطلق ولم يشر ، فإن نوى النقد منها فلا يخلو إن حقق نيته فنقد منها ، فالأصح أنه لايطيب ، وإن لم يحقق نيته يطيب ، لأن مجرد العزم لا أثر له ، وإن لم ينو ثم نقد منها طاب قال الحلوانى : إنما يطيب إذا نوى أن لاينقد منها ثم بداله فنقد أما إذا نوى النقد منها مع علمه أنه ينقد لايطيب اه ملخصا .

وفى البزازية وقول الـكرخى عليه الفتوى ولا تعتبر النية فى الفتوى ثم حمل ما مر على حكم الديانة (قوله قيل وبه يفتى) قاله فى الذخيرة وغيرها كما فى القهستانى ، ومشى عليه فى الغرر ومختصر الوقاية والإصلاح ، ونقله فى اليعقوبية عن المحيط ، ومع هذا لم يرتضه الشارح فأتى بقيل لما فى الهداية : قال مشايخنا لايطيب قبل أن يضمن

مطلقا كذا فى الملتقى ولو بعد الضمان هو الصحيح كما فى فتاوى النوازل واختار بعضهم الفتوى على قول الكرخى فى زماننا لكثرة الحرام وهذا كله على قولهما. وعند أبى يوسف لايتصدق بشىء منه كما لو اختلف الجنس ذكره الزيلعى فليحفظ (فإن غصب وغير) المغصوب (فزال اسمه وأعظم منافعه) أى أكثر مقاصده احترازا عن دراهم فسبكها بلاضرب فإنه وإن زال اسمه

وكذا بعد الضمان بكل حال وهو المختار لإطلاق الجواب فى الجامعين والمضاربة : أى كتاب المضاربة من المبسوط وانى على الدرر :

قال الزيلعى : ووجهه أن بالنقد منه استفاد سلامة المشترى ، وبالإشارة استفاد جواز العقد ، لتعلق العقد به فى حق القدر والوصف ، فيثبت فيه شبهة الحرمة للملك بسبب خبيث (قوله مطلقا) أى فى الأوجه الأربعة (قوله واختار بعضهم الخ) هذا من كلام الزيلعى المعزو آخر العبارة وأتى به ، وإن علم مما مر لإشعار هذا التعبير بعدم اعتماده نفيه تأييد لتعبيره بقيل مخالفا لما جزم به المصنف ، ولكن لا يخفى أنهما قولان مصححان (قوله كما لو اختلاف الجنس) قال الزيلعى : وهذا الاختلاف بينهم فيما إذا صار بالتقلب من جنس ما ضمن بأن ضمن دراهم مثلا وصار فى يده من بدل المضمون دراهم : ولو طعام أو عروض لا يجب عليه التصدق بالإجماع لأن الربح إنما يتبين عند اتحاد الجنس ، ومالم يصر بالتقلب من جنس ما ضمن لايظهر الربح اه ثم هل الدراهم والدنانير هنا جنس واحد نظرا للثمنية أو جنسان يراجع رحمتى :

أقول : رأيت فى الطورى عن المحيط ولو اشترى بالدراهم المغصوبة طعاما حل التناول ، ولو اشترى بها دنانير لم يجز له أن يتصرف فيها ، فوجب عليه ردها لأن البيع فى الطعام لا ينتقض باستحقاق الدراهم لأنه يجب عليه رد مثلها لا عينها اه فأفاد أنهما جنس واحد حيث أوجب ردها مع أن المغصوب دراهم ، وهذه مما يزاد على قول العمادية الدنانير تجرى مجرى الدراهم فى سبعة كما مر فى باب البيع الفاسد . وفى الطورى أيضا : ولو اشترى بالثوب المغصوب جارية يحرم عليه وطؤها حتى يدفع قيمة الثوب إلى صاحبه ، ولو اشتراها بالدراهم يحل وطؤها لفساده باستحقاق الثوب لتعلق البيع بعينه دون الدراهم ، ولو تزوج بالثوب امرأة له وطؤها ، لأن النكاح لاينتقض باستحقاق المهر اه .

وفى الملتقى وشرحه : ولو اشترى بألف الغصب أو الوديعة جارية تعدل ألفين ، فوهبها أو طعاما فأكله ، أو تزوج بأحدهما امرأة أو سرية أو ثوبا حل الانتفاع ، ولا يتصدق بشىء اتفاقا لأن الحرمة عند اتحاد الجنس اه ونحوه فى القهستانى ونقل ط عن الحموى عن صدر الإسلام : أن الصحيح لايحل له الأكل ولا الوطء لأن فى السبب نوع خبث اه فليتأمل (قوله وغير المغصوب) أى بالتصرف فيه احترازا عن صبى غصبه ، فصار ملتحيا عنده فإنه يأخذه بلا ضمان قهستانى :

ومثله فى التاترخانية ، وفيها ولو غصب جارية ناهدة الثديين فانكسر ثديها عنده أو عبدا محترفا فنسى ذلك عنده ضمن النقصان اه ومثله ما سيذكره آخرا عن الوهبانية تأمل . وفى الدرر : صار العنب زبيبا بنفسه أو الرطب تمرا أخذه المالك أو تركه وضمنه (قوله فزال اسمه) احتراز عن كاغد فكتب عليه أو قطن ، فغزله أو لبن فصيره مخيضا أو عصير فخلله ، فإنه لا ينقطع به حق المالك ، وقيل ينقطع قهستانى عن المحيط ، وعما إذا غصب شاة فذبحها فإن ملك مالكها لم يزل بالذبح المجرد حيث يقال شاة مذبوحة درر (قوله فسبكها) عطف على محذوف أى غصبها فسبكها (قوله بلا ضرب) كذا قيد به فى السراج ، فلو صاغ الدراهم بعد سبكها دراهم

لـكن يبقى أعظم منافعه ولذا لاينقطع حق المالك عنه كما فى المحيط وغيره فلم يكن زوال الاسم مغنيا عن أعظم منافعه كماظنه منلا خسرو وغيره (أو اختلط) المغصوب (يملك الغاصب بحيث يمتنع امتيازه) كاختلاط برّه ببرّه (أو يمكن بحرج) كبره بشعيره (ضمنه وملـكه بلا حل انتفاع قبل أداء ضمانه) أى رضا مالـكه بأداء أو إبراء أو تضمين قاض والقياس حله وهو رواية ، فلو غصب طعاما فمضغه حتى صار مستهلـكا يبتلعه حلالا فى رواية

لاينقطع بالأولى وسواء كانت مثل الدراهم الأولى أم لا وحرره اه ط (قوله لـكن يبقى أعظم منافعه) من جعلها ثمنا والتزين بها ط (قوله مغنيا عن أعظم منافعه) أى عن هذا اللفظ (قوله وغيره) هو صاحب العناية ، فإن هذا القيدجعله فى الـكفاية احترازا عن حنطة غصبها وطحنها ، قال : فإن المقاصد المتعلقة بعين الحنطة كجعلها هريسة ونحوها تزول بالطحن ، قال فى العناية : وتبعه فى الدرر والظاهر أنه تأكيد ، لأن قوله زال اسمه يتناوله فإنها إذا طحنت صارت دقيقا لاحنطة اه وما ذكره الشارح من بيان المحترز والإيراد مأخوذ من القهستانى (قوله يملك الغاصب) وكذا بمغصوب آخر لما فى التاترخانية عن الينابيع : غصب من كل واحد منهما ألفافخلطهما لم يسعه أن يشترى بهما شيئا مأكولا فيأكله ولا يحل له أكل ما اشترى حتى يؤدى عوضه اه .

وفيها عن المنتقى معه سويق ومع آخر سمن فاصطدما فانصب السمن فى سويقه يضمن مثل السمن ، لأنه استهلـكه دون الآخر ، لأن هذا زيادة فى السويق وفيها عن الخانية اختلطت نورته بدقيق آخر بلا صنع أحد يباع المختلط ، ويضرب كل واحد منهما بقيمته إذ ليس أحدهما أولى بإيجاب النقصان عليه (قوله كبرّه بشعيره) أى بر الغاصب بشعير الغصب أو بالعكس (قوله ضمنه وملـكه) أما الضمان فللتعدى ، وأما الملك فى التغيير وزوال الاسم ، فلأنه أحدث صنعة متقومة وفى الاختلاط لئلا يجتمع البدلان فى ملك المغصوب منه .

[تتمة] كل موضع ينقطع حق المالك فيه فالمغصوب منه أحق بذلك الشىء من سائر الغرماء حتى يستوفى حقه فإن ضاع ذلك ضاع من مال الغاصب اه أبو السعود عن الحموى عن التاترخانية ، وزاد فى البزازية وليس بمنزلة الرهن (قوله بلاحل انتفاع الخ) وفي المنتقى كل ما غاب صاحبه ، ويخاف عليه الفساد فلا بأس بأن ينتفع به بعد ما يشهد على نفسه بضمانه ، ولا يخرجه ذلك من إثم الغصب . وفى جامع الجوامع : اشترى الزوج طعاما أو كسوة من مال خبيث جاز للمرأة أكله ولبسها والإثم على الزوج تاترخانية (قوله أى رضا مالـكه الخ) أشار إلى أن المراد بالأداء رضا المالك وهو أعم (قوله أو تضمين قاض) فإن الرضا من المالك موجود فيه أيضا لأنه لايقضى إلا بطلبه كما أشير إليه فى الهداية عزمية . هذا وما أفاده كلامه من أن الملك فى المغصوب ثابت قبل أداء الضمان ، وإنما المتوقف على أداء الضمان الحل هو ما فى عامة المتون ، فما فى النوازل من أنه بعد الملك لا يحل له الانتفاع لاستفادته بوجه خبيث كالمملوك بالبيع الفاسد عند القبض إلا إذا جعله صاحبه فى حل اه مخالف لعامة المتون نبه عليه فى المنح . وفى القهستانى وقال بعض المتأخرين : إن سبب الملك الغصب عند أداء الضمان كما فى المبسوط ، فلو أبى المالك أخذ القيمة ، وأراد أخذ المغير لم يكن له ذلك كما فى النهاية (قوله وهو رواية) جعلها فى الخلاصة وغيرها قول الإمام والاستحسان قولهما . وفى البزازية وكان الإمام نجم الدين النسفى ينـكر أن يكون هذا قول الإمام ، ويقول : أجمع المحققون من أصحابنا أنه لا يملـكه إلا بأحد الأمور الثلاثة وقالوا جميعا الفتوى على قولهما اه .

قلت : ماقاله المحققون مخالف لعامة المتون كما مر فتدبر ثم رأيت بعضهم نقل أن العلامة قاسم(١) تعقبه

---

(١) (قوله أن العلامة قاسم) هكذا بخطه ولعله على لغة ربيعة وإلا فالظاهر رسمه قاسماً بألف كما لايخفى اه مصححه .

وحراما على المعتمد حسما لمادة الفساد (كذبح شاة) بالتنوين بدل الإضافة : أى شاة غيره ذكره ابن سلطان (وطبخها أو شيها وطحن بر وزرعه وجعل حديد سيفا وصفر آنية والبناء على ساجة) بالجيم خشبة عظيمة تنبت بالهند (وقيمته) أى البناء (أكثر منها) أى من قيمة الساجة يملكها البانى بالقيمة وكذا لو غصب أرضا فبنى عليها أو غرس أو ابتلعت دجاجة لؤلؤة أو أدخل البقر رأسه فى قدر أو أودع فصيلا فكبر فى بيت المودع ولم يمكن إخراجه إلا بهدم الجدار أو سقط ديناره فى محبرة غيره ولم يمكن إخراجه إلا بكسرها ونحو ذلك يضمن صاحب الأكثر قيمة الأقل والأصل أن الضرر الأشد يزال بالأخف، كما فى هذه القاعدة من الأشباه :

ثم قال : ولو ابتلع لؤلؤة فمات لايشق بطنه لأن حرمة الآدمى أعظم من حرمة المال وقيمتها فى تركته وجوزه الشافعى قياسا على الشق لإخراج الولد :

قلت : وقدمنا فى الجنائز عن الفتح أنه يشق أيضا فلا خلاف : وفى تنوير البصائر أنه الأصح فليحفظ :

(قوله كذبح شاة) تمثيل لقوله فإن غصب وغير، أو تنظير لقوله ضمنه وملكه أى كما يضمنه فى ذبح شاة الخ (قوله بالتنوين بدل الإضافة) فيه أنهم قسموا تنوين العوض إلى ما يكون عوضا عن جملة أو عن حرف أو عن كلمة كقوله تعالى — فضلنا بعضهم على بعض — وكل فى فلك — وأيا ماتدعوا — والإضافة أمر معنوى، فالأنسب إبدالها بالمضاف إليه، على أن بعض المحققين أنكر القسم الثالث، وقال إنه من تنوين التمكين يزول مع الإضافة ويثبت مع عدمها (قوله وطبخها أو شيها) إنما ذكره لأن بمجرد الذبح لايتغير الاسم بل ولو مع التأريب أى التقطيع، لأنه لايفوت ماهو المقصود بالذبح بل يحققه سائحانى (قوله والبناء على ساجة) فى الهداية قال الكرخى والفقيه أبو جعفر : إنما لاينقض إذا بنى فى حوالى الساجة لأنه غير متعد فى البناء، أما إذا بنى على نفس الساجة ينقض، لأنه متعد، وجواب الكتاب يرد ذلك وهو الأصح (قوله بالجيم) أما الساحة بالحاء فتأتى (قوله خشبة عظيمة الخ) أى صلبة قوية تستعمل فى أبواب الدور وبنائها وأساسها إتقانى (قوله وقيمته أى البناء أكثر منها) جملة حالية قال فى المنح : وأما إذا كان قيمة الساجة أكثر من قيمة البناء، فلم ينقطع حق المالك عنها، كما فى النهاية عن الذخيرة وبه قيد الزيلعى كلام الكنز اه وفيها عن المجتبى، فله أخذها وكذا فى الساحة أى بالحاء (قوله وكذا لو غصب أرضا الخ) هذه مسئلة الساحة بالحاء وستأتى متنا : أى فلو قيمة البناء أكثر يضمن الغاصب قيمة الأرض ولايؤمر بالقلع وهذا قول الكرخى قال فى النهاية وهو أوفق لمسائل الباب : أى مسألة الدجاجة الآتية ونحوها، لكن فى العمادية ونحن نفتى بجواب الكتاب اتباعا لمشايخنا فإنهم كانوا لايتركونه أى من أنه يؤمر بالقلع والرد إلى المالك مطلقا

وفى الحامدية عن الأنقروى : أنه لا يفتى بقول الكرخى، صرح به المولى أبو السعود المفتى قال : وبالأمر بالقلع أفتى شيخ الإسلام على أفندى مفتى الروم أخذا من فتاوى أبى السعود والقهستانى ونعم هذا الجواب، فإن فيه سد باب الظلم، ويمكن أن يفرق بين هذه وبين مسألة اللؤلؤة ونحوها بأنه فى تلك أمر اضطرارى صدر بدون قصد معتبر، وأما الغصب فهو فعل اختيارى مقصود اه ملخصا :

وقد ظهر لك أن الشارح جرى هنا على قول الكرخى، وكذا فيما سيأتى حيث قيد قول المتن، يؤمر بالقلع بما إذا كانت قيمة الأرض أكثر فما اقتضاه التشبيه فى قوله : وكذا لو غصب أرضا من أنه لايؤمر بالقلع صحيح، لأن الكلام فيما إذا كانت قيمة البناء أكثر ولم يتعرض لكلام غير الكرخى، وإن كان المفتى به كما علمت فافهم (قوله يضمن صاحب الأكثر قيمة الأقل) فإن كانت قيمتهما على السواء يباع عليهما، ويقتسمان الثمن تاترخانية (قوله فمات) فلو بقى حيا يضمن قيمتها، ولا ينتظر إلى أن تخرج منه تاترخانية (قوله وفى تنوير البصائر أنه الأصح) وفى البزازية وعن محمد : لا يشق بطنه لو درة، وعليه الفتوى لأن الدرة تفسد فيه فلا يفيد الشق

بقى لو كانت قيمة الساحة والبناء سواء فإن اصطلحا على شيء جاز ، وإن تنازعا يباع البناء عليهما ، ويقسم الثمن بينهما على قدر مالهما شرنبلالية عن البزازية : بقى لو أراد الغاصب نقض البناء ورد الساحة هل له ذلك إن قضى عليه بالقيمة لا يحل وقبله قولان لتضييع المال بلا فائدة وتمامه فى المجتبى (وإن ضرب الحجرين درهما ودينارا أو إناء لم يملكه وهو لمالكه مجانا) خلافا لهما (فإن ذبح شاة غيره) ونحوها مما يؤكل (طرحها المالك عليه وأخذ قيمتها أو أخذها وضمنه نقصانها وكذا) الحكم (لو قطع يدها) أو قطع طرف دابة غير مأكولة كذا فى الملتقى قيل : ولفظ غير : غير سديد هنا ؛

قلت : قوله غير سديد غير سديد لثبوت الخيار فى غير المأكولة أيضا لكن إذا اختار ربها أخذها لا يضمنه شيئا وعليه الفتوى كما نقله المصنف عن العمادية فليحفظ بخلاف طرف العبد فإن فيه الأرش (أو خرق ثوبا)

والدنانير لاتفسد : وفى البيرى عن تلخيص الكبرى : لو بلغ عشرة دراهم ومات يشق وأفاد البيرى عدم الخلاف فى الدراهم والدنانير لعدم فسادها ، وقد علم اختلاف التصحيح فى الدرة ولفظ الفتوى أقوى تأمل (قوله يباع البناء عليهما) هكذا العبارة فى البزازية والشرنبلالية ، وظاهر أن المراد يباع مع الساحة بقرينة مابعده (قوله إن قضى عليه بالقيمة لايحل) وإذا نقص لم يستطع رد الساحة شرنبلالية عن الذخيرة (قوله لتضييع المال) عبارة القهستانى قيل : يحل وقيل لايحل لتضييع المال (قوله وهو لمالكه مجانا) فلا يضمن للغاصب شيئا لأجل الصياغة ، لأنه لم يوجد إلا مجرد العمل إلا إذا جعله من أوصاف ملكه ، بحيث يكون فى نزعه ضرر كما لو جعله عروة مزادة أو صفائح فى سقف ونحو ذلك ، فقد انقطع لصاحبه اليد عنه وقت غصبه تاترخانية (قوله أو أخذها وضمنه نقصانها) لأنه إتلاف من وجه لفوات بعض المنافع كالحمل والدر والنسل ، وبقاء بعضها وهو اللحم درر (قوله وكذا الحكم لو قطع يدها) لأنه إتلاف من وجه أيضا وهذافى مثل البقر ونحوه ظاهر ، وكذا فى الشاة لأنها تضعف عن الذهاب إلى المرعى فيقل درها ويضعف نسلها تأمل (قوله أو قطع طرف دابة غير مأكولة) لوجود الاستهلاك من كل وجه هداية ، وقيد باليد والطرف ، لأن فى عين الحمار أو البغل أو الفرس ربع القيمة ، وكذا فى عين البقرة والجزور وفى عين الشاة ما نقصها ، وسيجيء ذلك فى كتاب الديات إن شاء الله تعالى إتقانى (قوله غير سديد هنا) لأن قوله أو أخذها وضمنه نقصانها خاص بالمأكولة وعلى إسقاط لفظة غير يكون من التعميم بعد التخصيص (قوله قلت الخ) جواب عن الملتقى ؛

وحاصله : أن مراده بإلحاق غير المأكولة بالمأكولة فى الحكم من حيث وجود التخيير فيهما بين طرحها على الغاصب ، وبين إمساكها وإن كان بينهما فرق من حيث إنه إذا أمسك المأكولة له أن يضمن الغاصب النقصان ، بخلاف غير المأكولة لما علمت من وجود الاستهلاك من كل وجه ، وقد نبه الشارح على هذا الفرق بقوله : لكن إذا اختار الخ فافهم ؛

أقول : وقد يجاب بأن المراد الرجوع بالنقصان أيضا كالمأكولة كما هو قضية التشبيه ، ولكن يقيد بما إذا كان لما بقى قيمة ، لعدم وجود الاستهلاك من كل وجه والقرينة على هذا التقييد لفظ النقصان ، فإنه إذا لم يكن لما بقى قيمة لم يقل له نقصان ، بل هلاك ودليل ذلك مافى النهاية وغيرها عن المنتقى بالنون : قطع يد حمار أو رجله وكان لما بقى قيمة ، فللمالك أن يمسكه ويأخذ النقصان وكذا لو ذبحه ، وكان لجلده ثمن لا إن قتله لأن الذبح بمنزلة الدباغ اه ملخصا هذا وفى النهاية عن المبسوط ما يفيد أن المراد هنا بغير المأكولة ما يشمل الفرس (قوله بخلاف طرف العبد) مرتبط بقوله لكن إذا اختار ربها أخذها لايضمنه شيئا (قوله فإن فيه الأرش) أى له أخذه مع الأرش لأنه ينتفع به أقطع ، ولا كذلك الدابة الغير المأكولة منح (قوله خرق ثوبا الخ) معطوف على ماقبله :

خرقا فاحشا (و) هو ما (فوت بعض العين وبعض نفعه لاكله) فلوكله ضمن كلها (وفى خرق يسير) نقصه و(لم يفوت شيئا) من النفع (ضمنه النقصان مع أخذ عينه ليس غير) لقيام العين من كل وجه مالم يجدد فيه صنعة أو يكون ربويا كما بسطه الزيلعى ؛

قلت : ومنه يعلم جواب حادثة وهى غصبت حياصة فضة مموهة بالذهب فزال تمويهها يخير مالكها بين تضمينها مموهة أو أخذها بلا شيء ، لأنه تابع مستهلك ، ولو كان مكان الغصب شراء بوزنها فضة فلا رد لتعيبها ولا رجوع بالنقصان للزوم الربا فاغتنمه فقل من صرح به قاله شيخنا ؛

(ومن بنى أو غرس فى أرض غيره بغير إذنه أمر بالقلع والرد) لو قيمة الساحة أكثر كما مر (وللمالك أن يضمن له قيمة بناء أوشجر أمر بقلعه) أى مستحق القلع فتقوم بدونهما ومع أحدهما مستحق القلع فيضمن الفضل

أى للمالك أيضا أن يطرحه عليه ويضمنه القيمة أو يمسكه ويضمنه النقصان (قوله وهو مافوت الخ) اقتصر عليه لأنه هو الصحيح فى الفرق بين الفاحش واليسير من أقوال أربعة مذكورة فى الشرنبلالية وغيرها (قوله لاكله) أى كل النفع (قوله ضمن كلها) أى كل العين (قوله نقصه) أى نقص العين وذكر الضمير باعتبار الثوب ، ويصح إرجاعه للنفع وقوله بعده ولم يفوت شيئا من النفع أى لم يفوته بتمامه قال فى الهداية واليسير مالا يفوت به شىء من المنفعة ، وإنما يدخل فيه النقصان ، لأن محمدا جعل فى الأصل قطع الثوب نقصانا فاحشا والفائت به بعض المنافع اه ؛

والحاصل كما فى النهاية وغيرها : أنه ما تفوت به الجودة بسبب نقصان فى المالية (قوله مالم يجدد فيه صنعة) بأن خاطه قميصا فإنه ينقطع به حق المالك عنه عندنا زيلعى (قوله أو يكون ربويا) فيخير المالك بين أن يمسك العين ، ولا يرجع على الغاصب بشىء وبين أن يسلمها ، ويضمنه مثلها أو قيمتها لأن تضمين النقصان متعذر ، لأنه يؤدى إلى الربا زيلعى ، وقوله : أو قيمتها أى فى نحو مصوغ تأمل (قوله ومنه يعلم) أى من قوله أو يكون ربويا (قوله حياصة) الأصل حواصة وهى سير يشد به حزام السرج قاموس (قوله بين تضمينها مموهة) أى تضمين القيمة من غير الجنس على الظاهر ط (قوله لأنه تابع) عبارة شيخه الرملى لأن الذهب بالتمويه صار مستهلكا تبعا للفضة فتعتبر جميعها فضة غير أنها انتقصت بذهابه (قوله شراء) بالمد والتنوين أى بأن اشترتها بفضة مساوية لها وزنا وزال التمويه عندها يعنى ووجدت بها عيبا قديما (قوله فلا رد) أى بالعيب القديم لتعيبها بزوال التمويه عندها وهو مانع من الرد (قوله ولا رجوع بالنقصان) أى نقصان العيب القديم (قوله للزوم الربا) لأنه يبقى أحد البدلين زائدا على الآخر بلا عوض يقابله وهذه مما يزاد على المسائل التى تمنع الرجوع بالنقصان المذكورة فى باب خيار العيب ولهذا قال فاغتنمه الخ (قوله قاله شيخنا) يعنى الخير الرملى فى حواشى المنح (قوله ومن بنى) أى بغير تراب تلك الأرض وإلا فالبناء لرب الأرض ، لأنه لو أمر بنقضه يصير ترابا كما كان در منتقى (قوله بغير إذنه) فلو بإذنه فالبناء لرب الدار ، ويرجع عليه بما أنفق جامع الفصولين من أحكام العمارة فى ملك الغير وسيذكر الشارح فى شتى الوصايا مسألة من بنى فى دار زوجته مفصلة (قوله لو قيمة الساحة أكثر) بالحاء المهملة ولو قيمتها أقل ، فللغاصب أن يضمن له قيمتها ، ويأخذها درر عن النهاية : وهذا على قول الكرخى وقدمنا الكلام عليه آنفا (قوله أى مستحق القلع الخ) وهى أقل من قيمته مقلوعا مقدار أجرة القلع ، فإن كانت قيمة الأرض مائة وقيمة الشجر المقلوع عشرة ، وأجرة القلع درهم بقيت تسعة دراهم ، فالأرض مع هذا الشجر

(إن نقصت الأرض به) أى بالقلع ولو زرعها يعتبر العرف فإن اقتسموا الغلة أنصافا أو أرباعا اعتبر وإلا فالخارج للزارع وعليه أجر مثل الأرض وأما فى الوقف فتجب الحصة أو الأجر

تقوم بمائة وتسعة دراهم فيضمن المالك التسعة منح (قوله إن نقصت الأرض به) أى نقصانا فاحشا بحيث يفسدها أما لو نقصها قليلا فيأخذ أرضه ، ويقلع الأشجار ويضمن النقصان سائحانى عن المقدسى .

مطلب زرع فى أرض الغير يعتبر عرف القرية

(قوله ولو زرعها يعتبر العرف الخ) قال فى الذخيرة قالوا إن كانت الأرض معدة للزراعة ، بأن كانت الأرض فى قرية اعتاد أهلها زراعة أرض الغير ، وكان صاحبها ممن لايزرع بنفسه ، ويدفع أرضه مزارعة ، فذلك على المزارعة ، ولصاحب الأرض أن يطالب المزارع بحصة الدهقان على ماهو متعارف أهل القرية النصف أو الربع ، أو ما أشبه ذلك : وهكذا ذكر فى فتاوى النسفى ، وهو نظير الدار المعدة للإجارة إذا سكنها إنسان ، فإنه يحمل على الإجارة وكذا ههنا ، وعلى هذا أدركت مشايخ زمانى ، والذى تقرر عندى وعرضته على من أثق به أن الأرض وإن كانت معدة للزراعة ، تكون هذه مزارعة فاسدة إذ ليس فيها بيان المدة ، فيجب أن يكون الخارج كله للمزارعة ، وعلى المزارع أجر مثل الأرض اه .

أقول : لكن سيذكر الشارح فى كتاب المزارعة : أن المفتى به صحتها بلا بيان المدة ، وتقع على أول زرع واحد فالظاهر أن ما عليه المشايخ مبنى على هذا ، وفى مزارعة البزازية بعد نقله مامر عن الذخيرة قال القاضى : وعندى أنها إن معدة لها وحصة العامل معلومة عند أهل تلك الناحية جاز استحسانا وإن فقد أحدهما لايجوز وينظر إلى العادة إذا لم يقر بأنه زرعها لنفسه قبل الزراعة أو بعدها أو كان ممن لايأخذها مزارعة ويأنف من ذلك فحينئذ تكون غصبا ، والخارج له وعليه نقصان الأرض ، وكذا لو زرعها بتأويل بأن استأجر أرضا لغير المؤجر بلا إذن ربها ، ولم يجزها ربها وزرعها المستأجر لاتكون مزارعة ، لأنه زرعها بتأويل الإجارة اه (قوله وإلا فالخارج للزارع الخ) أى إن لم يكن عرف فى دفعها مزارعة ، ولا فى قسم حصة معلومة يكون الزارع غاصبا فيكون الخارج له وقوله : وعليه أجر مثل الأرض مشكل ، ولاتفيده النقول المارة ، لأنها حينئذ ليست مما أعد للاستغلال ، حتى يجب عليه الأجر ، بل الواجب عليه نقصانها : اللهم إلا أن يحمل على أنها مال يتيم ، وهو بعيد جدا ، أو أعدها صاحبها للإجارة ، فتكون مما أعد للاستغلال ، وأما الوقف فيأتى قريبا ، وليس فى جامع الفصولين مايفيد ماذكره أصلا فإن الذى فيه من الفصل الحادى والثلاثين نحو ما قدمناه عن الذخيرة والبزازية (قوله وأما فى الوقف الخ) عبارة الفصولين إلا فى الوقف ، فيجب فيه الحصة أو الأجر بأى جهة زرعها أو سكنها أعدت للزراعة أولا ، وعلى هذا استقر فتوى عامة المتأخرين اه .

ورأيت فى هامشه عن مفتى دمشق العلامة عبد الرحمن أفندى العمادى أن قوله تجب الحصة أى فى زرع الأرض وقوله : أو الأجر أى فى سكنى الدار فقوله : زرعها أى الأرض أو سكنها أى الدار ففيه لف ونشر مرتب اه ودخل فى قوله بأى جهة زرعها ما لو زرعها على وجه الغصب صريحا أو دلالة أو على وجه المزارعة أو تأويل عقد ، فإن ذلك مذكور فى عبارة الفصولين قبل قوله إلا فى الوقف ، وذكر فى الإسعاف أنه لو زرع أرض الوقف يلزم أجر مثلها عند المتأخرين اه .

أقول : والظاهر حمله على ما إذا لم يكن عرف أو كان الأجر أنفع للوقف تأمل ويمكن تفسير قول الفصولين فتجب الحصة : أي إن كان عرف ، وقوله أو الأجر أى إن لم يكن عرف أو كان الأجر أنفع تأمل .

بكل حال فصولين :
(غصب ثوبا فصبغه) لا عبرة للألوان بل لحقيقة الزيادة والنقصان (أو سويقا فلته بسمن فالمالك مخير

مطلب مهم

والحاصل أنها إن كانت الأرض ملكا ، فإن أعدها ربها للزراعة اعتبر العرف فى الحصة ، وإلا فإن أعدها للإيجار ، فالخارج للزارع ، وعليه أجر المثل وإلا فعليه النقصان إن انتقصت وإن كانت وقفا فإن ثمة عرف وكان أنفع اعتبر ، وإلا فأجر المثل لقولهم يفتى بما هو أنفع للوقف فاغتنم هذا التحرير المفرد المأخوذ من كلامهم المبدد .

بقى هنا شىء يخفى على كثيرين وهو : مالو كانت الأرض سلطانية أو وقفا بيد زارعها الذين لهم مشد مسكتها كغالب الأراضى الدمشقية إذا زرعها غير من له المشد بغير إذنه ودفع ما عليها من الحصة للمتكلم عليها ، هل لصاحب المشد أن يطالبه بحصة من الخارج ، أو بأجرة زرعها دراهم أم لا ؟ أجاب فى الخيرية بقوله : لا وإن قلنا لاترفع يده عنها مادام مزارعا يعطى ما هو المعتاد فيها على وجهه المطلوب اه فعلم بهذا أن الحصة لا يستحقها صاحب المشد ، بل صاحب الإقطاع أو المتولى فتنبه .

وفى الحامدية سئل فى أرض وقف سليخة جارية فى مشد مسكة رجل زرعها زيد بلا إذن من المتولى ، ولا من ذى المشد ولم تكن فى إجارته أجاب : للناظر مطالبة زيد بأجرة مثلها والله أعلم فليحفظ ذلك فإنه مهم (قوله بكل حال) علمت معناه مما قدمناه (قوله فصبغه) فلو انصبغ بلا فعل أحد كإلقاء الريح ، فلا خيار لرب الثوب بل يدفع قيمة الصبغ لصاحبه ، لأنه لاجناية من صاحب الصبغ حتى يضمن الثوب زيلعى (قوله لاعبرة للألوان الخ) بيان لنكتة عدم تعرض المصنف للون الصبغ ، وأن ماروى عن الإمام أن السواد نقصان وعندهما زيادة كالحمرة والصفرة راجع إلى اختلاف عصر وزمان فمن الثياب مايزداد بالسواد ومنها ما ينتقص كما فى التبيين وغيره (قوله بل لحقيقة الزيادة والنقصان) فلو كان ثوبا ينقصه الصبغ بأن كانت قيمته ثلاثين درهما مثلا ، فتراجعت بالصبغ إلى عشرين فعن محمد ينظر إلى ثوب يزيد فيه ذلك الصبغ ، فإن كانت الزيادة خمسة يأخذ رب الثوب ثوبه وخمسة دراهم ، لأن صاحب الثوب وجب له على الغاصب ضمان نقصان قيمة ثوبه عشرة دراهم ، ووجب عليه للغاصب قيمة صبغه خمسة الخمسة بالخمسة قصاص ، ويرجع عليه بما بقى من النقصان وهو خمسة رواه هشام عن محمد .

واستشكله الزيلعى(١) بما حاصله : أن المالك لم يصل إليه كل حقه ولم ينتفع بالصبغ ، بل ضره فكيف يغرم والإتلاف موجب لكل القيمة فكيف صار مسقطا ، وأجاب الطورى بما لايشفى فراجعه (قوله فالمالك مخير) لأنه صاحب أصل والآخر صاحب وصف يقال : ثوب مصبوغ وسويق ملتوت فخير لتعذر التمييز

---

(١) (قوله واستشكله الزيلعى الخ) حيث قال وهو مشكل من حيث إن المغصوب منه لم يصل إليه المغصوب كله بل بعضه وكان من حقه أن يطالب هو إلى تمام حقه فكيف يتوجه عليه الطلب ، وهو لم ينتفع بالصبغ شيئا ولم يحصل له به إلا تلف ماله ، وكيف يسقط عن الغاصب بعض قيمة المغصوب بالإتلاف والإتلاف مقرر لوجوب جميع القيمة وكيف صار مسقطا له هنا انتهى.

قال الطورى : لك أن تقول لا إشكال لأن الشارع ناظر إلى حق كل منهما فلو ألزمناه بالعشرة ضاع مال الغاصب ، وهو الصبغ مجانا وذلك ظلم والمظلوم لايظلم فأوجبناها على رب الثوب فوصل إلى المغصوب منه كل حقه ماعليه . وما بقى له وكون الإتلاف مقررا لاتنافى كونه مسقطا لأن الإتلاف بالنظر إلى النقصان والإسقاط بالنظر إلى عين الصبغ فتأمل انتهى اه منه .

إن شاء ضمنه قيمة ثوبه أبيض ومثل السويق) عبر فى المبسوط بالقيمة لتغيره بالقلى فلم يبق مثليا ، وسماه هنا مثلا لقيام القيمة مقامه كذا فى الاختيار ، وقدمنا قولين عن المجتبى (وإن شاء أخذ المصبوغ أو الملتوت وغرم ما زاد الصبغ و) غرم (السمن) لأنه مثلى وقت اتصاله بملكه والصبغ لم يبق مثليا قبل اتصاله بملكه لامتزاجه بمـاء مجتبى .

(رد غاصب الغاصب المغصوب على الغاصب الأول يبرأ عن ضمانه كما لو هلك المغصوب فى يد غاصب الغاصب فأدى القيمة إلى الغاصب) فإنه يبرأ أيضا لقيام القيمة مقام العين (إذا كان قبضه القيمة معروفا) بقضاء أو بينة أو تصديق المالك لا بإقرار الغصب إلا فى حق نفسه وغاصبه عمادية .

(غصب شيئا ثم غصبه آخر منه فأراد المالك أن يأخذ بعض الضمان من الأول وبعضه من الثانى له ذلك) سراجية والمالك بالخيار فى تضمين أيهما شاء

(قوله وسماه) أى القيمة بمعنى البدل ح وهو جواب عن المتن حيث يفهم منه خلاف مافى المبسوط وقوله : وقدمنا قولين : أى أوائل الغصب جواب آخر فما فى المتن مبنى على القول الآخر ، وهو ظاهر المتون وفى الدر المنتقى أنه مثلى ، وقيل قيمى لتغيره بالقلى لكن تفاوته قليل ، فلم يخرج عن كونه مثليا كما فى شرح المجمع اه وصحح الإتقانى أنه قيمى (قوله وغرم ما زاد الصبغ) برفع الصبغ فاعل زاد أى غرم من النقود بقدر الزيادة الحاصلة فى الثوب بسبب الصبغ (قوله وغرم السمن) أشار إلى أن السمن منصوب عطفا على ما والمراد غرم مثل السمن ، وبين فائدة إدراجه لفظة غرم المانعة من عطفه على الصبغ المرفوع بقوله : لأنه مثلى أى فالواجب فيه ضمانه أى ضمان مثله لا قيمته . وفى الدر المنتقى وقيل بالرفع والصواب النصب ذكره الزاهدى اه (قوله قبل اتصاله) لم يقل وقت اتصاله كما قاله فى سابقه لأن خروج الصبغ عن المثلية بامتزاجه بالماء كان قبل اتصاله بالثوب ، بخلاف السمن ، فإنه لم يخرج عنها إلا وقت اتصاله بالسويق فافهم . وهذا وجه الفرق بين ضمان مثل السمن وبدل الصبغ .

مطلب فى أبحاث غاصب الغاصب

(قوله إذا كان قبضه القيمة معروفا) الظاهر أن الحكم فى رد عين المغصوب كذلك ، فلو أقر الغاصب بقبضه منه ، وأنكره المالك لايصدق فى حق المالك ، لأنه بقبضه دخل فى ضمانه وبدعوى الرد يدفع الضمان عنه ، فلا يصدق فى حق نفسه فتأمل وراجع المنقول رملى على الفصولين ونقله ط عن الحموى عن العمادى والله أعلم (قوله أو بينة) أى أقامها غاصب الغاصب (قوله لا بإقرار الغاصب) أى الأول فلا يصدق فى حق المالك ، فهو بالخيار فى تضمين أيهما شاء بيرى (قوله إلا فى حق نفسه وغاصبه) أى فيما إذا اختار المالك تضمين الثانى يرجع على الأول بما أقر بقبضه ، وكذا فيما إذا اختار تضمين الأول ، وأراد الأول الرجوع على الثانى ليس له ذلك مؤاخذة له بإقراره ، فإنه لولا إقراره لرجع كما يأتى (قوله بعض الضمان) أطلقه فشمل النصف أو الثلث أو الربع كما فى الهندية (قوله له ذلك سراجية) اختلف النقل عن السراجية ، فبعضهم نقل ليس له ، وبعضهم نقل كما هنا ، وهو المذكور فى الفصولين عن فوائد صدر الإسلام وفى الهندية عن الذخيرة (قوله والمالك بالخيار) إلا فى مسألة تقدمت متنا أول الغصب .

وفى الهندية إن ضمن الأول يرجع الأول على الثانى بما ضمن ، وإن ضمن الثانى لايرجع على الأول اه .

وفى البزازية : وهب الغاصب المغصوب أو تصدق أو أعار هلك فى أيديهم وضمنوا للمالك لايرجعون بما

وإذا اختار تضمين أحدهما لم يملك تركه وتضمين الآخر وقيل يملك عمادية ؛

(الإجازة لا تلحق الإتلاف فلو أتلف مال غيره تعديا فقال المالك أجزت أو رضيت لم يبرأ من الضمان) أشباه معزيا للبزازية لكن نقل المصنف عن العمادية أن الإجازة تلحق الأفعال هو الصحيح قال وعليه فتلحق الإتلاف ، لأنه من جملة الأفعال فليحفظ ؛

(كسر) الغاصب (الخشب) كسرا (فاحشا لايملكه ولو كسره الموهوب له لم ينقطع حق الرجوع) أشباه وفيها آجرها الغاصب ورد أجرتها إلى المالك تطيب له لأن أخذ الأجرة إجازة ؛

ضمنوا للمالك على الغاصب ، لأنهم كانوا عاملين فى القبض لأنفسهم ؛ بخلاف المرتهن ، والمستأجر والمودع فإنهم يرجعون بما ضمنوا على الغاصب ، لأنهم عملوا له والمشترى إذا ضمن قيمته يرجع بالثمن على الغاصب البائع لأن رد القيمة كرد العين اه (قوله وإذا اختار تضمين أحدهما) أى ولم يقبض منه القيمة ، ولم يقض عليه بها كما يأتى (قوله لم يملك تركه) أى وإن توى المال عليه كما فى الفصولين : أى بأن وجده معدما أو مات مفلسا ، وشمل تضمين أحدهما البعض ، فليس له بعد أن ضمن أحدهما البعض أن يضمن ذلك البعض للآخر ، بخلاف الباقى ؛

قال فى البزازية : تضمين الكل تمليك من الضامن ، فلا يملك التمليك من الآخر وتضمين البعض تمليك ذلك البعض فيملك تمليك الباقى بعد ذلك من الآخر (قوله وقيل يملك) جزم فى الفصولين بالأول ثم رمز وقال فيه روايتان : وفى الهندية عن المحيط : لو اختار تضمين أحدهما ليس له تضمين الآخر عندهما وقال أبو يوسف : له ذلك مالم يقبض الضمان منه اه : وظاهره أن بعد القبض لايملك تضمين الثانى بلا خلاف ولذا عبر بالاختيار وكالقبض بالتراضى القضاء بالقيمة كما فى الهندية أيضا ؛

[فرع] أخذه من الغاصب ليرده إلى المالك فلم يجده فهو غاصب الغاصب يخرج عن العهدة برده إلى الغاصب الأول هندية ؛

مطلب فى لحوق الإجازة للإتلاف والأفعال

(قوله الإجازة لاتلحق الإتلاف) يستثنى منه ماذكره الحموى : لو جاء رب اللقطة ، وأجاز تصدق الملتقط بها لأنه كالإذن ابتداء ، والإذن حصل من الشارع ، لامن المالك ، ولذا لاتتوقف على قيامها فى يد الفقير ، بخلاف إجازة بيع الفضولى (قوله معزيا للبزازية) أى من كتاب الدعوى . وفى البيرى عنها اتخذ أحد الورثة ضيافة من التركة حال غيبة الآخرين ، ثم قدموا وأجازوا ثم أرادوا تضمينه لهم ذلك لأن الإتلاف لايتوقف حتى تلحقه الإجازة (قوله عن العمادية) ذكره فى الفصولين فى آخر الفصل ٢٤ فى بحث ماينفذ من التصرفات السابقة بإجازة لاحقة فراجعه (قوله تلحق الأفعال) قال فى جامع الفصولين : بعث دينه بيد رجل إلى الدائن ، فجاء إليه الرجل وأخبره به فرضى وقال اشتر لى به شيئا ثم هلك قيل : يهلك من مال المديون ، وقيل : من مال الدائن وهو الصحيح إذ الرضا بقبضه فى الإنتهاء كالإذن إبتداء وهذا التعليل إشارة إلى أن الصحيح أن الإجازة تلحق الأفعال وهو الصحيح اه (قوله قال) أى المصنف وقال ابنه الشيخ صالح إلا أن يقال المراد بالأفعال غير الاتلاف عملا بنقول المشايخ كلهم مع إمكان الحمل اه قال الحموى : يعنى أن الأفعال منها مايكون إعداما ، ومنها مايكون إيجادا فيحمل قول المشايخ على الفعل الذى لايكون إعداما اه أبو السعود على الأشباه ؛

أقول : ذكر فى البزازية ، أفسد الخياط الثوب فأخذه صاحبه ولبسه عالما بالفساد ، ليس له التضمين اه قال فى التاترخانية : ويعلم من هذه المسألة كثير من المسائل اه فتأمل (قوله لايملكه) قال فى التاترخانية ولم يتعرض لما إذا زادت قيمته بالكسر ، وينبغي أن لايملكه أيضا اه (قوله تطيب له) ولا فرق بين أن تكون الأجرة قدر

[فروع] استعار منشارا فانقطع فى النشر فوصله بلا إذن مالكه انقطع حقه وعلى المستعير قيمته منكسرا شرح وهبانية :

ركب دار غيره لإطفاء حريق وقع فى البلد فانهدم شىء بركوبه لم يضمن لأن ضرر الحريق عام فكان لكل دفعه جوهرة :

لايجوز دخول بيت إنسان إلا بإذنه إلا فى الغزو وفيما إذا سقط ثوبه فى بيت غيره وخاف او أعلمه أخذه :

حفر قبرا فدفن فيه آخر ميتا فهو على ثلاثة أوجه إن الأرض للحافر فله نبشه وله تسويته وإن مباحة فله قيمة حفره وإن وقفا فكذلك

أجرة المثل أم لا أبو السعود على الأشباه (قوله فوصله) أى عند الحداد (قوله انقطع حقه)لأنه أحدث به صنعة (قوله وعلى المستعير قيمته منكسرا) لأنه انكسر حال استعماله فلم يكن مضمونا عليه (قوله شرح وهبانية) ذكره عند قول النظم :

ولو رفأ المخروق فى الثوب خارق يغرم أرش النقص فيه فيقدر

يقال : رفيت الثوب ورفوته وبعض العرب يهمزه رفأت إذا أصلحته أى يقوم صحيحا ويقوم مرفوا فيضمن فضل مابينهما شرنبلالى(قوله فانهدم شىء بركوبه) قيد بالإنهدام إذ لو هدم دار غيره بغير أمره وبغير أمر السلطان حتى ينقطع عن داره ضمن ولم يأثم بمنزلة جائع فى مفازة ومع صاحبه طعام له أخذه كرها ، ثم يضمنه ، ولا إثم عليه تاترخانية . وظاهره أنه بأمر السلطان لايضمن قال الشيخ خير الدين ووجهه أن له ولاية عامة يصح أمره لرفع الضرر العام اهـ :

أقول : والظاهر أنه يضمن ماهدمه مشرفا على الهلاك نظير ماقدمه الشارح من مسألة السفينة الموقرة تأمل (قوله لايجوز دخول بيت إنسان إلا بإذنه) قيد بالبيت لما فى التاترخانية أراد أن يمر بأرض إنسان أو ينزل بها إن كان لها حائط أو حائل ليس له ذلك لأنه دليل عدم الرضا وإلا فلا بأس به ، وفى الكبرى المعتبر فى ذلك عادات الناس اهـ :

مطلب فيما يجوز فيه دخول دار غيره بلا إذن منه

(قوله إلا فى الغزو) أى إذا كان ذلك البيت مشرفا على العدو فللغزاة دخوله ليقاتلوا العدو منه أو نحو ذلك تأمل (قوله وخاف لو أعلمه أخذه) وينبغى أن يعلم الصلحاء أنه إنما يدخل لذلك ، ولو لم يخف أخذه لايجوز من غير ضرورة ذخيرة . وفيها مسائل أخر منها : نهب منه ثوبا ودخل الناهب داره لابأس بدخولها ليأخذ حقه لأن مواضع الضرورة مستثناة ،ومنها : له مجرى فى دار رجل أراد إصلاحه ولا يمكن أن يمر فى بطنه يقال لرب الدار إما أن تدعه يصلحه وإما أن تصلحه ، ومنها أجر دارا وسلمها له دخولها لينظر حالها فيرمها وإن لم يرض المستأجر عندهما وعنده إن رضى (قوله فله نبشه) أى نبشه لإخراج الميت(قوله وله تسويته)أى بالأرض والزراعة فوقه أشباه (قوله وإن وقفا فكذلك) أى فله قيمة حفره وهذا ذكره فى الأشباه بحثا فقال : وينبغى أن يكون الوقف من قبيل المباح ، فيضمن قيمة الحفر ويحمل سكوته عن الضمان فى صورة الوقف عليه اهـ أى على الضمان فى المباح ، وفى حاشية أبى السعود عن حاشية المقدسى ، وهذا لو وقفت للدفن فلو على مسجد للزرع والغلة

ولا يكره لو الأرض متسعة لأن الحافر لايدرى بأى أرض يموت ه

لايجوز التصرف فى مال غيره بلا إذنه ولا ولايته إلا فى مسائل مذكورة فى الأشباه ؛

غصب حمارة فتبعها جحشها فأكله الذئب ضمنه كما فى معاياة الوهبانية :

فكالمملوكة تأمل اه (قوله ولا يكره لو الأرض متسعة) أى لايكره الدفن(١) نظيره من بسط المصلى فى المسجد أو نزل فى الرباط فجاء آخر فلو فى المكان سعة لايزاحم الأول وإلا فله ولوالجية وأفاد كراهة الدفن لو لم تكن الأرض متسعة فلا يصح التعبير بقولنا ولو متسعة كما لايخفى فافهم ؛

مطلب فيما يجوز من التصرف بمال الغير بدون إذن صريح

(قوله إلا فى مسائل مذكورة فى الأشباه) الأولى : يجوز للولد والوالد الشراء من مال المريض مايحتاج إليه المريض بلا إذنه ، ولا يجوز فى المتاع وكذا أحد الرفقة فى السفر ، لأنه بمنزلة أهله فى السفر ،الثانية : أنفق المودع على أبوى المودع بلا إذنه ، وكان فى مكان لايمكن استطلاع رأى القاضى لم يضمن استحسانا ، وإطلاق الكنز الضمان محمول على الإمكان ،الثالثة : إذا مات بعض الرفقة فى السفر فباعوا فراشه وعدته وجهزوه بثمنه وردّوا البقية إلى الورثة أو أغمى عليه فأنفقوا عليه من ماله لم يضمنوا استحسانا ؛

وحكى عن محمد أنه مات بعض تلامذته فباع محمد كتبه لتجهيزه فقيل إنه لم يوص فتلا قوله تعالى — والله يعلم المفسد من المصلح — فما كان على قياس هذا لايضمن ديانة أما فى الحكم فيضمن ،وكذا المأذون فى التجارة لو مات مولاه فأنفق فى الطريق لم يضمن ، وكذا لو أنفق بعض أهل المحلة على مسجد لامتولى له من غلته لحصير ونحوه ، أو أنفق الورثة الكبار على الصغار ولا وصىّ لهم ، أو قضى الوصى دينا علمه على الميت بلا معرفة القاضى فلا ضمان فى الكل ديانة اه من الأشباه وحواشيها ؛ وفى التاترخانية : وضع القدر على الكانون وتحتها الحطب فجاء آخر وأوقد النار فطبخ لايضمن استحسانا ، ومن هذا الجنس خمس مسائل إحداها : هذه الثانية : طحن حنطة غيره ضمن ، ولو أن المالك جعل الحنطة فى الزورق وربط الحمار وجاء آخر فساقه لايضمن ، الثالثة : رفع جرة غيره فانكسرت ضمن ولو رفعها صاحبها وأمالها إلى نفسه فجاء آخر وأعانه فانكسرت لا ، الرابعة : حمل على دابة غيره فهلكت ضمن ولو حملها المالك شيئا فسقط فحملها آخر فهلكت لا ، الخامسة : ذبح أضحية غيره فى غير أيامها لايجوز ويضمن ولو فى أيامها يجوز ولا يضمن ،ومن جنسها أحضر فعلة لهدم دار فجاء آخر وهدمها لايضمن استحسانا ه ذبح شاة القصاب إن بعد ماشد القصاب رجلها لايضمن وإلا ضمن ، والأصل فى جنس هذه المسائل كل عمل لايتفاوت فيه الناس تثبت الاستعانة من كل أحد دلالة وإلا فلا فلو علقها بعد الذبح للسلخ فسلخها آخر بلا إذنه ضمن اه ملخصا ؛

وفى القنية : أخذ أحد الشريكين حمار صاحبه الخاص ، وطحن به فمات لم يضمن للإذن دلالة قال عرف بجوابه هذا أنه لايضمن فيما يوجد الإذن دلالة ، وإن لم يوجد صريحا كما لو فعل بحمار ولده أو بالعكس ، أو أحد الزوجين أو أرسل جارية زوجته فى حاجته فأبقت اه (قوله ضمنه) مخالف لما فى المعراج والبزازية وغيرهما من

---

(١) (قوله لايكره الدفن الخ) قال شيخنا : مقتضى قياس هذه المسألة على مسألة بسط المصلى أن ينعكس ماقاله الشارح فيكون الحكم الحل بدون كراهة حال عدم الاتساع والكراهة حال السعة اه .

ويمكن أن يقال نائب فاعل يكره الحفر لا الدفن ، وقوله لأن الحافر الخ تعليل المفهوم .

وحاصل المعنى على هذا : أنه لايكره الحفر حال اتساع الأرض ويكره حال عدمه لأنه لايدرى بأى أرض يموت فيكون مضيقاً مع عدم الجزم بالدفن فى حفيرته اه .

وغاصب شيء كيف يضمن غيره ... وليس له فعل بما يتغير
وغاصب نهر هل له منه شربه ... وهل ثم نهر طاهر لا مطهر

فصل

(غيب) بمعجمة (ما غصب وضمن قيمته) لمالكه (ملكه) عندنا ملكا (مستندا إلى وقت الغصب) فتسلم له الأكساب

أنه إن لم يسقه معها لا يضمنه ، وقدمناه أول الغصب عن الزيلعي : لكن نقل عن الشرنبلالي عن قاضيخان : أنه ينبغي أن يضمنه أيضا لأنه لا يساق إلا بسوقها كما قالوا إذا غصب عجلا فيبس لبن أمه ضمنه مع نقصان الأم اهـ .

أقول : إن كانت المسألة من تخريجات المشايخ فما اختاره قاضيخان وجيه ، ولذا مشى عليه ابن وهبان وإن كانت منقولة عن المجتهد فاتباعه أوجه فليراجع (قوله بما يتغير) الظاهر أن المراد به المضمون وهو الجحش هنا فإنه لما هلك تغير عن حاله وقد ضمنه مع أنه لم يباشر فيه فعلا تأمل (قوله هل له منه شربه) الجواب : نعم إن حول النهر عن موضعه كره الشرب والتوضؤ منه لظهور أثر الغصب بالتحويل ، وإلا لا لثبوت حق كل أحد فيهما ابن الشحنة (قوله وهل ثم نهر طاهر لا مطهر) الجواب أنه الفرس السريع ، فإنه يسمى نهرا وبحرا لقول بعضهم في قوله تعالى - وهذه الأنهار تجري من تحتي - أي الخيل ولقوله صلى الله عليه وسلم في فرس أبي طلحة : « إنا وجدناه لبحرا » ابن الشحنة والله تعالى أعلم .

فصل

لما ذكر مقدمات الغصب وكيفية ما يوجب الملك للغاصب بالضمان ذكر في هذا الفصل مسائل متفرقة تتصل بمسائل الغصب كما هو دأب المصنفين نهاية (قوله غيب) الأولى أن يقول : غاب ليشمل ما إذا كان عبدا فأبق فإنه إذا ضمن قيمته ملكه ، أفاده الطوري وقال يعلم حكم التغييب بالأولى (قوله وضمن قيمته لمالكه) أي إن شاء المالك التضمين ، وإلا فله أن يصبر إلى أن يوجد كما في العناية ح (قوله ملكه عندنا الخ) أي خلافا للشافعي لما مر ، أن الغصب محظور فلا يكون سببا للملك كما في المدبر(١) ولنا أنه ملك البدل بكماله والمبدل قابل للنقل من ملك إلى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه بخلاف المدبر لأنه غير قابل للنقل ابن كمال (قوله فتسلم له الأكساب لا الأولاد) تفريع على قوله مستندا لأن الملك الثابت بالاستناد ناقص يثبت من وجه دون وجه فلم يظهر أثره في الزيادة المنفصلة كذا في العناية وغاية البيان ، والفرق أن الولد بعد الانفصال غير تبع ، بخلاف الكسب فإنه بدل المنفعة ، فيكون تبعا محضا. أقول : وظاهره أن المراد بالأكساب مطلق الزيادة المتصلة كالحسن والسمن ، وبالولد مطلق الزيادة المنفصلة كالدر والثمر ، فلا تسلم له إذا ملك المغصوب بالضمان يدل عليه ما مر وقول الزيلعي بخلاف الزيادة المتصلة والكسب ، لأنه تبع ولا كذلك المنفصلة بخلاف البيع الموقوف ، أو الذي فيه الخيار حيث

---

(١) (قوله كما في المدبر) اعلم أن مشايخنا قالوا إن الغاصب يملك العين المغصوبة بأداء الضمان فرارا من اجتماع البدل والمبدل في ملك واحد فأورد عليهم من طرف الشافعي رضي الله عنه مسألة المدبر فإنه قد اجتمع فيها البدلان في ملك واحد فهلا سووا بين المدبر وغيره وبهذه التسوية يندفع عنهم إشكال آخر وهو أن الغصب قبيح والملك نعمة فكيف يجعل القبيح سببا للنعمة . وأجيب عن الثاني بأنه لم يجعل الغصب سببا للملك بل الغصب موجب لرد المغصوب ورد البدل كرد العين فبرد البدل يملك المغصوب ضرورة عدم صحة اجتماع البدلين في ملك ، وعن الأول باجتماع البدلين في مسألة المدبر ضرورة أن المدبر لا يقبل الانتقال بخلاف غيره فلا تصح التسوية اهـ .

لا الأولاد ملتقى (والقول له) بيمينه لو اختلفا (فى قيمته إن لم يبرهن المالك على الزيادة) فإن برهن أو برهنا فللمالك ولا تقبل بينة الغاصب لقيامها على نفى الزيادة هو الصحيح زيلعى .

ونقل المصنف عن البحر والجواهر لو قال الغاصب أو المودع المعتدى لا أعرف قيمته لكن علمت أنها أقل مما يقوله فالقول للغاصب بيمينه ويجبر على البيان ، فإن لم يبين حلف على الزيادة فإن نكل لزمته ، ولو حلف المالك أيضا على الزيادة أخذها

يملك به الزيادة المنفصلة أيضا لأنه سبب موضوع للملك فيستند من كل وجه اه تأمل (قوله والقول له بيمينه) أى للغاصب لإنكاره الزيادة التى يدعيها المالك بأن يقول ماقيمته إلا عشرة مثلا منية المفتى (قوله فللمالك) لأنها مثبتة للزيادة قال فى النهاية : ولا يشترط فى دعوى المالك ذكر أوصاف المغصوب ، بخلاف سائر الدعاوى وينبغى أن تحفظ هذه المسألة اه شرنبلالية (قوله ولا تقبل بينة الغاصب الخ) قال فى المنح فإن عجز المالك عن إقامة البينة وطلب يمين الغاصب وللغاصب بينة تشهد بقيمة المغصوب لم تقبل ، بل يحلف على دعواه ، لأن بينته تنفى الزيادة والبينة على النفى لاتقبل ، وقال بعض مشايخنا : ينبغى أن تقبل لإسقاط اليمين كالمودع إذا ادعى ردّ الوديعة فإن القول قوله ، ولو أقام بينة على ذلك قبلت وكان أبو على النسفى يقول هذه المسألة عدت مشكلة ، ومن المشايخ من فرق بينها وبين مسألة الوديعة ، وهو الصحيح كذا فى العناية والنهاية والتبيين اه (قوله ونقل المصنف الخ) نقل المصنف ذلك فى منحه عن البحر وجواهر الفتاوى عند قوله أول الغصب ، ولو ادعى الغاصب الهلاك الخ ثم أعاد النقل عن جواهر الفتاوى هنا وقد نقل الشارح المسألة قبيل كتاب الإقرار ، وعزاها لدعوى البحر ونقلها فى البحر قبيل قول الكنز ، ولا ترد يمين على مدع وعزاها إلى المحيط عن الإمام محمد ، ونقل عن المحيط أنه قال وهذه من خواص هذا الكتاب وغرائب مسائله ، فيجب حفظها وقد لفق الشارح هذه العبارة من عبارة البحر المنقولة عن المحيط ، ومن عبارة الجواهر على أحسن وجه فإنه فى عبارة البحر بين حكم ما إذا حلف الغاصب وسكت عما إذا نكل : وفى عبارة الجواهر بعكس ذلك وجميع ماذكره الشارح منقول لم ينفرد بشىء منه سوى حسن التعبير فجزاه الله خيرا (قوله لو قال الغاصب الخ) أى بعد مابين المالك مقدارا بأن قال قيمته مائة مثلا (قوله فالقول للغاصب) اقتصر عليه لأن المودع بتعديه صار غاصبا ح (قوله ويجبر على البيان) لأنه أقر بقيمة مجهولة بحر عن المحيط أى يأمره القاضى بذلك لاحتمال كذبه بقوله لا أعرف قيمته (قوله فإن لم يبين الخ) عبارة البحر فإذا لم يبين يحلف على مايدعى المغصوب منه فى الزيادة ، فإن حلف يحلف المغصوب منه أيضا أن قيمته مائة ويأخذ من الغاصب مائة اه فالمراد بالزيادة ماتضمنتها دعوى المالك التى نفاها الغاصب بقوله : علمت أن قيمته أقل مما يقوله ، والمراد أنه يحلف على نفيها بأن يقول ليست قيمته مائة كما ادعاه المالك ، وقيد بقوله لم يبين عما إذا بين وقال قيمته خمسون مثلا فإن القول له وهى مسألة المتن السابقة فلا يصح أن يكون أصل النسخة فإن بين لاختلاف حكم المسألتين فافهم (قوله ولو حلف المالك أيضا) أفاد بلفظ أيضا أن المراد حلف بعد ماحلف الغاصب قال ح لم يظهر وجهه فليراجع اه أى وجه تحليف المالك أيضا .

وأقول وبالله التوفيق : لعل وجهه أن الغاصب لما لم يبين لم يمكن أن يكون القول له بيمينه ، بخلاف مسألة المتن فلم ترتفع دعوى المالك لأنها ترتفع لو بين شيئا يصدق فيه باليمين وفائدة تحليفه ، وإن كان لا يرفع دعوى المالك التوصل إلى ثبوتها بنكوله ، فإذا حلف لم تثبت دعوى المالك ، لعدم النكول ولم ترتفع لعدم البيان فبقيت بحالها فاحتاجت إلى التنوير باليمين ، وإن كانت من المدعى لعدم إفادة يمين المدعى عليه ، ونظير ذلك مسائل منها لو اختلف

ثم إن ظهر المغصوب ، فللغاصب أخذه ودفع قيمته أورده وأخذ القيمة وهي من خواص كتابنا فلتحفظ (فإن ظهر) المغصوب (وهي) أي قيمته (أكثر مما ضمن) أو مثله أو دونه على الأصح عناية فالأولى ترك قوله وهي أكثر (وقد ضمن بقوله أخذه المالك ورد عوضه أو أمضى) الضمان ، ولا خيار للغاصب ولو قيمته أقل للزومه بإقراره ذكره الواني نعم متى ملكه بالضمان فله خيار عيب ورؤية مجتبى (ولو ضمن بقول المالك أو برهانه أو نكول الغاصب فهو له ولا خيار للمالك) لرضاه حيث ادعى هذا المقدار فقط (وإن باع) الغاصب (المغصوب

المتبايعان في قدر الثمن ، أو المبيع تحالفا مع أن أحدهما مدع ، والآخر منكر وهي من مسائل المتون هذا ماظهر لي وجهد المقل دموعه هذا وذكر البيري في دعوى الأشباه عن التاترخانية أن الحاكم أبا محمد طعن على محمد رحمه الله تعالى بأن اليمين لم تشرع عندنا للمدعي وقال الجواب الصحيح عندي أن يقول القاضي للغاصب بعد ما امتنع عن البيان : أكانت قيمته مائة أكانت خمسين أكانت ثلاثين إلى أن ينتهي إلى أقل مالاينقص منه قيمته في العرف والعادة ، فإذا انتهى إلى ذلك لزمه وجعل القول له في الزيادة مع يمينه كالجواب فيما إذا أقر بحق مجهول في عين في يده لغيره يسمى له القاضي السهام حتى ينتهي إلى أقل مالا يقصدونه بالتمليك عرفا وعادة ويلزمه به اه ملخصا (قوله ثم إن ظهر الخ) لاحاجة إليه مع مايذكره المصنف بعد، لأن الغاصب ضمن بقول المالك على ماذكره فلاخيار للمالك ط :

قلت : قصد الشارح ذكر عبارة البحر بتمامها مع أن المصنف لم يصرح ، بخيار الغاصب بل نفى خيار المالك ولا تلازم بينهما على أن في ثبوت الخيار للغاصب في مسألة المتن كلاما سنذكره فافهم (قوله ودفع قيمته) أي إن لم يكن دفعها (قوله وأخذ القيمة) أي إن كان دفعها (قوله وهي من خواص كتابنا) قد ذكرنا سابقا أن ذلك من كلام صاحب المحيط من جملة المنقول قبله ووجه الخصوصية تضمنها ورود اليمين على المدعي ، فإنه لم يشتهر في الكتب فافهم (قوله على الأصح) راجع لقوله أو مثله أو دونه ، وهو ظاهر الرواية ، لأنه لم يتم رضاه حيث لم يعط مايدعيه والخيار لفوات الرضا خلافا لقول الكرخي إنه لاخيار له هداية (قوله فالأولى ترك قوله وهي أكثر) أو يفعل كما فعل القدوري وصاحب الكنز والملتقى حيث قدموا ذكر المسألة الثانية على الأولى ، وجعل بعض الشراح ذلك قيدا للسابقة فقط ، ولكن الأولى كما قال الشارح تبعا للقهستاني فإنه ليس قيدا فيهما (قوله وقد ضمن بقوله) أي الغاصب مع يمينه (قوله أخذه المالك) وللغاصب حبسه حتى يأخذ مادفعه زيلعي (قوله ولاخيار للغاصب الخ) فيه رد على مابحثه في اليعقوبية بأنه على التعليل بعدم رضا المالك ينبغي ثبوت الخيار للغاصب لو قيمته أقل لعدم رضاه أيضا ولذا قال ولو قيمته أقل فافهم (قوله للزومه بإقراره) أقول : ولأنه ظالم بغصبه وتغييبه ، ولأن تمام ملكه كان متوقفا على رضا المغصوب منه وقد وجد تأمل (قوله أو نكول الغاصب) أي عن الحلف بأن القيمة ليست كما يدعي المالك شرنبلالية (قوله فهو له ولا خيار للمالك) وكذا لاخيار للغاصب لرضاه حيث أقدم على الغصب رحمتي وذكر ط أن له الخيار أخذا من قوله في الأولى ، ولا خيار للغاصب بطريق الإشارة اه :

وأقول : قد راجعت كثيرا فلم أظفر بصريح النقل في ذلك ، والذي يقتضيه النظر ما قاله الرحمتي ، فإن الغاصب ظالم بالغصب وبالتغييب عن المالك فإصراره على ذلك دليل الرضا وحيث كان ظالما لايراعى جانبه يدل عليه اقتصارهم على بيان الخيار في المسألتين من جانب المالك فقط لكونه مظلوما ولذا قال الإتقاني في تعليل خيار المالك في الأولى ، لأنه كالمكره على نقل حقه من العين إلى بدل لم يرض به والمكره يثبت له الخيار في الفسخ اه :

فضمنه المالك نفذ بيعه وإن حرر) أى الغاصب لأن تحرير المشترى من الغاصب نافذ فى الأصح عناية (ثم ضمنه لا) لأن الملك الناقص يكفى لنفاذ البيع لا العتق (وزوائد المغصوب) مطلقا متصلة كسمن وحسن أو منفصلة كدر وثمر (أمانة لاتضمن إلا بالتعدى أو المنع بعد طلب المالك) لأنها أمانة ولوطلب المتصلة لايضمن (وما نقصته الجارية بالولادة مضمون ويجبر بولدها)

وقول المصنف كغيره فهو له ظاهر فى عدم الخيار له لأن ملكه كان موقوفا على رضا المالك وقد وجد ، ولا سيما فيما إذا نكل فإن النكول إقرار . وأما ثبوت الخيار له فى المسألة السابقة عن البحر والجواهر فلا يدل على ثبوته هنا ، لاختلاف موضوعهما ولأنه ظهر صدقه فى يمينه الذى حلفه ولم يرض بقول المالك ولم يقم عليه برهان ولم ينكل عن اليمين بخلاف هذه المسألة فى جميع ما ذكر وبالجملة فإثبات الخيار له حكم شرعى يحتاج للنقل فليراجع (قوله فضمنه المالك) قيد بتضمين المالك احترازا عما لو باعه الغاصب فباعه المالك من الغاصب أو وهبه له أو مات المالك والغاصب وارثه فإن بيع الغاصب يبطل ، لأنه طرأ ملك بات على موقوف على أداء الضمان فأبطله أبو السعود عن شيخه (قوله نفذ بيعه) هذا إن ضمنه قيمته يوم الغصب قال فى جامع الفصولين قبيل الخامس والعشرين غصب شيئا وباعه فإن ضمنه المالك قيمته يوم الغصب جاز بيعه لا لو ضمنه قيمته يوم البيع اه (قوله لأن تحرير) تعليل للتفسير المفهوم من أى ح (قوله نافذ فى الأصح) أى لو أعتق المشترى من الغاصب ثم ضمن المالك الغاصب نفذ إعتاقه فى الأصح عند الشيخين ، وكذا ينفذ بإجازة المالك البيع لأنه عتق ترتب على سبب ملك تام بنفسه بدليل أن المبيع يملك عند الإجازة بزوائده المتصلة والمنفصلة ولولم يكن تاما بنفسه لما كان كذلك وتمامه فى التبيين (قوله لأن الملك الناقص الخ) نقصانه بثبوته مستندا كما مر ولم يرتض ابن الكمال هذا التعليل قال لأنه منقوض بإعتاق المشترى من الغاصب ، وعلل بأن الغصب غير موضوع لإفادة الملك اه فتأمل (قوله وزوائد المغصوب الخ) ليس منها الأكساب الحاصلة باستغلال الغاصب فإنها غير مضمونة وإن استهلكها لأنها عوض عن منافع المغصوب ومنافعه غير مضمونة عندنا كما يأتى فكذا بدلها كفاية (قوله أمانة لا تضمن إلا بالتعدى) أى خلافا للشافعى وهذه ثمرة الخلاف بيننا وبينه فى حقيقة الغصب كما نبه عليه الشارح أول الغصب فلو قتله الغاصب ضمنه مع الزيادة ابن ملك ، ولو هلكت الجارية بعد الزيادة ضمن قيمتها وقت الغصب ولايضمن الزيادة ، وكذا لو زادت قيمتها نهاية (قوله لأنها أمانة) مكرر مع ما فى المتن (قوله ولوطلب المتصلة لايضمن) لأن دفعها غير ممكن فلايكون مانعا اه ح بقى ما لو طلبها مع الأصل بأن قال سلمنى الجارية أو الدابة بعد الحسن أو السمن فمنعه ينبغى أن يضمنه كالأصل وليحرر رحمتى .

أقول : ذكر فى المجمع أن الزيادة المتصلة لا تضمن بالبيع والتسليم . قال شارحه أى عند أبى حنيفة : أما المنفصلة فمضمونة اتفاقا لأنه بالتسليم إلى المشترى صار متعديا اه وفى الاختيار : وإن طلب المتصلة لايضمن بالبيع للغير ، لأن الطلب غير صحيح لعدم إمكان رد الزوائد بدون الأصل اه فحيث لم تضمن بالتسليم إلى المشترى لا تضمن بالمنع أيضا وقدمنا أول الغصب عن جامع الفصولين غصب شاة فسمنت فذبحها ضمن قيمتها يوم غصب لايوم ذبحه عند أبى حنيفة كما لوتلفت بلا إهلاكه تأمل (قوله وما نقصته الجارية) أى انتقصت لأن نقص يجىء لازما ومتعديا وههنا لازم ابن ملك وأما الضمير المتصل به ، فلا يدل على التعدى لأنه ضمير المصدر فإنه عائد إلى ما الواقعة على النقصان (قوله مضمون) أى إذا حبلت عند الغاصب ، أو زنت بعبد الغاصب أما إذا كان الحبل من الزوج أو المولى لاضمان جوهرة . وفى الطورى عن المحيط : غصبها حاملا أو مريضة فماتت فى يده من

بقيمته أو بغرته إن وفى به وإلا فيسقط بحسابه، ولو ماتت وبالولد وفاء كفى هو الصحيح اختيار (زنى بأمة مغصوبة) أى غصبها (فردها حاملا فماتت بالولادة ضمن قيمتها) يوم علقت (بخلاف الحرة) لأنها لا تضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد ولو ردها محمومة فماتت لا يضمن وكذا لو زنت عنده فردها فجلدت فماتت به ملتقى، ولو زنى بها واستولدها ثبت النسب والولد رقيق (و) بخلاف

ذلك ضمنها وبها ذلك العيب (قوله بقيمته) أى إن نزل حيا وهو بدل من قوله بولدها، والمراد إذا ردها وولدها يجبر نقصان الولادة به لظرا إلى قيمته (قوله أو بغرته) أى لو ضرب الغاصب أو غيره بطنها فألقته ميتا وهى نصف عشر قيمته حيا لو ذكرا وعشر قيمته لو أنثى قال فى الاختيار، لأنها قائمة مقامه لوجوبها بدلا عنه (قوله إن وفى به) أى بالنقصان، وكذا إن زاد كما فى غاية البيان (قوله وإلا الخ) أى إن لم يف به يجبر بقدره وضمن الباقى (قوله ولو ماتت الخ) فى هذه المسألة ثلاث روايات عن الإمام يبرأ برد الولد يجبر بالولد قدر نقصان الولادة ويضمن ما زاد على ذلك من قيمة الأم، وفى ظاهر الرواية عليه رد قيمتها يوم الغصب كاملة كما فى النهاية عن المبسوط شرنبلالية (قوله زنى بأمة) أى الغاصب أو غيره ط عن الحموى، وقيد به إذ لو حبلت من الزوج أو المولى فلا ضمان وإن ماتت إتقانى (قوله أى غصبها) فائدة هذا التفسير دفع ما ربما يتوهم من شمول قوله مغصوبة ما إذا زنى بأمة غصبها غيره، فإن الضمان على الغاصب لا الزانى فافهم (قوله فماتت بالولادة) أى بسببها لا على فورها. قال قاضيخان وماتت فى الولادة أو فى النفاس، فإن على قول أبى حنيفة إن كان ظهر الحبل عند المولى لأقل من ستة أشهر من وقت رد الغاصب ضمن قيمتها يوم الغصب اهـ.

وقال فى المواهب: عليه قيمتها يوم العلوق عند أبى حنيفة وقالا عليه نقص الحبل على الأصح اهـ شرنبلالية (قوله ضمن قيمتها) أى وإن بقى ولدها ولا يجبر بالولد كما فى الهندية لأنه غصبها، وما انعقد فيها سبب التلف وردت، وفيها ذلك فلم يوجد الرد على الوجه الذى أخذ فلم يصح الرد فلا يبرأ عن الضمان كما إذا جنت عنده فردها فقتلت بتلك الجناية أو دفعت بها فيرجع عليه المالك بكل القيمة كأنه لم يردها (قوله يوم علقت) كذا فى الهداية والمجمع وغيرهما وبحث فيه فى اليعقوبية أنه ينبغى أن يكون يوم الغصب فراجعها ويوافقه ما قدمناه آنفا عن قاضيخان (قوله بخلاف الحرة) أى إذا زنى بها رجل مكرهة أولا إتقانى فما فى الدرر فيه نظر عزمية وفيه لظر فتدبر (قوله بعد فساد الرد) أى بسبب الحبل زاد الزيلعى والمصنف، ولا يجب ردها أصلا.

قال الرملى: سيأتى فى الجنايات أن من خدع امرأة رجل يحبس حتى يردها أو يموت فلعل ما هنا قياس وما هناك استحسان قطعا للفساد تأمل (قوله ولو ردها محمومة الخ) أى الأمة والفرق بين هاتين المسألتين ومسألة المتن أن الهلاك لضعف الطبيعة عن دفع آثار الحمى المتوالية وذلك لا يحصل بالحمى الأولى عند الغاصب فإنه ليس بموجب لما بعده والزنا يوجب جلدا مؤلما لا متلفا، فلا يضاف إلى الزنا بخلاف الهلاك بحبل الزنا فإنه بالسبب الأول (قوله لا يضمن) أى لا يضمن كل القيمة بل نقصان الحمى كما فى الدر المنتقى (قوله وكذا) أى لا يضمن القيمة بل نقصان عيب الزنا زيلعى (قوله ولو زنى بها) أى بأمة غصبها واستولدها أى حبلت منه درر (قوله ثبت النسب) أى إن ضمنها وادعاه كما فى الدرر ح (قوله والولد رقيق) لأن التضمين ممن له حق التضمين أورث شبهة والنسب يثبت بالشبهة بخلاف الحرية درر عن الكافى ونقل فى العزمية(١) أن صاحب الدرر أساء التحرير فى هذه المسألة ولا تتضح إلا بمراجعة الكافى.

---

(١) (قوله ونقل فى العزمية الخ) قد تقدم أن الملك بالضمان يكون مستندا فلا تسلم الأولاد للغاصب وحيث لم تسلم الأولاد للغاصب تبقى على ملك صاحب الأم فتكون رقيقة فقد أجاد صاحب الدرر لله دره وما فى التتارخانية لا ينافيه على أنه غير ظاهر الوجه لأن ثبوت النسب أقل ما يستند عليه الشبهة ولم توجد حيث أخذ الأمة صاحبها ولذلك قال العلامة المحشى تأمل فى وجهه اهـ.

(منافع الغصب استوفاها أو عطلها) فإنها لاتضمن عندنا ويوجد فى بعض المتون ومنافع الغصب غير مضمونة إلى آخره لـكن لايلائمه مايأتى من عطف خمر المسلم إلى آخره مع أنه أخصر فتدبر (إلا) فى ثلاث فيجب أجر المثل على اختيار المتأخرين (أن يكون) المغصوب (وقفا) للسكنى أو للاستغلال (أو مال يتيم) إلا فى مسألة سكنت أمه مع زوجها فى داره بلا أجر ليس لها ذلك ولا أجر عليهما كذا فى الأشباه معزيا لوصايا القنية ؛

قلت : ويستثنى أيضا سكنى شريك اليتيم فقد نقل المصنف وغيره عن القنية أنه لا شىء عليه وكذا الأجنبى بلا عقد وقيل : دار اليتيم كالوقف انتهى ؛

قلت : ويمكن حمل كلا الفرعين على قول المتقدمين بعدم أجرته ؛

قلت : وذكر فى التاترخانية المسألة حيث قال : وليس للغاصب أن يستخدم أو يملك من غيره ، حتى يختار المولى فإن اختار أخذ القيمة استأنف الاستبراء وإن اختار أخذها بطل ما فعل من التصرف إلا إذا استولدها يثبت النسب استحسانا والولد رقيق اه فقد فرض ما مر فيما إذا اختار المالك أخذها لا أخذ القيمة فتأمل فى وجهه ؛

مطلب فى ضمان منافع الغصب

(قوله منافع الغصب) أى المغصوب (قوله استوفاها أو عطلها) صورة الأول أن يستعمل العبد شهرا مثلا ثم يرده على سيده والثانى أن يمسكه ولا يستعمله ثم يرده كما فى الدرر (قوله عندنا) أى خلافا للشافعى رحمه الله (قوله لـكن لايلائمه الخ) أقول بل يلائمه بعطفه عليه بالرفع فيفيد أنه غير مضمون ط أى بتقدير حذف الخبر والأصل وخمر المسلم غير مضمون بدليل ما قبله كقولك هند غير قائمة وعمرو على أن عدم الملاءمة فيما ذكره أشد ، لأنه معطوف على قوله بخلاف الحرة ومخالطة الحرة للأمة فى الحـكم ظاهر وبينهما مناسبة ، بخلاف منافع الغصب إذ لا مناسبة بينهما إلا بتـكلف تأمل (قوله مع أنه) أى ماشرح عليه (قوله أن يكون وقفا) وكما تضمن منافعه تضمن ذاته كما قدمه عن العينى وغيره عند الـكلام على غصب العقار وفى الولوالجية ومتى قضى عليه بالقيمة تؤخذ منه فيشترى بها ضيعة أخرى تـكون على سبيل الوقف الأول اه (قوله للسكنى أو للاستغلال) أقول : أو لغيرهما كالمسجد فقد أفتى العلامة المقدسى فى مسجد تعدى عليه رجل ، وجعله بيت قهوة بلزوم أجرة مثله مدة شغله كما فى الخيرية والحامدية (قوله أو مال يتيم) أقول : وكذا اليتيم نفسه لمـا فى البزازية يتيم لا أب له ولا أم استعمله أقرباؤه مدة فى أعمال شتى بلا إذن الحاكم وبلا إجارة له طلب أجر المثل بعد البلوغ إن كان ما يعطونه من الـكسوة والـكفاية لايساوى أجر المثل اه وبه أفتى فى الخيرية والحامدية ؛

وفى إجارات القنية : غصب صبيا حرا وأجره وعمل فالأجر للعاقد ، ثم رمز الأجر للصبى ، ثم رمز وهو الصواب ، لأنه ذكر فى المنتقى أجر عبده سنة ، ثم أقام العبد بينة أن مولاه أعتقه قبل الإجارة فله الأجر الخ (قوله سكنت أمه) أى أم اليتيم (قوله فى داره) أى اليتيم (قوله بلا أجر) أى بلا التزام أجر بعقد إجارة من وليه تأمل (قوله ليس لها ذلك) أى يحرم عليهما (قوله قلت ويستثنى أيضا) قائله الشيخ شرف الدين (قوله سكنى شريك اليتيم) أى بأن كانت بينه وبين بالغ فسكنها البالغ مدة (قوله وكذا الأجنبى بلا عقد) أى وكذا إذا سكنها أجنبى عنه غير أمه وغير شريكه (قوله وقيل دار اليتيم كالوقف) أى فى ضمان منافعهما وهو قول المتأخرين ، وهو المعتمد كما يأتى فى كلام الشارح (قوله قلت ويمكن حمل كلا الفرعين) أى فرع أم اليتيم ، وفرع سكنى شريكه ، وصرح بذلك الحموى ، وبحمل الأول صرح صاحب المنح (قوله بعدم أجرته) أى بعدم

وأما على القول المعتمد أنها كالوقف ، فتجب الأجرة على الشريك والزوج لكون سكنى المرأة واجبة عليه ، وهو غاصب لدار اليتيم فتلزمه الأجرة وبه أفتى ابن نجيم فى الصيرفية من التفصيل لو اليتيم يقدر على المنع فلا أجر وإلا فعليها غير ظاهر ، وعليه فهو عليه لاعليها كما أفاده فى تنوير البصائر : ثم نقل عن الخالية أن مسألة الدار كمسألة الأرض وأن الحاضر إذا سكن فيما إذا كان لايضرها فللغائب أن يسكن قدر شريكه قالوا وعليه الفتوى (أو معدا) أى أعداه صاحبه (للاستغلال) بأن بناه لذلك أو اشتراه لذلك قيل أو آجره ثلاث سنين على الولاء وفى الأشباه :

لزومها (قوله وأما على القول المعتمد الخ) أى وحينئذ فلا استثناء ولذا قال العلامة البيرى : والعجب من المؤلف كيف عدل عما عليه الفتوى بلا موجب فاحذره (قوله فتلزمه الأجرة) لأن الأجرة تجب على الغاصب دون من يتبعه ونقل البيرى عن المحيط إن لم يكن لها زوج لها السكنى بحكم الحاجة ، وإن كان فلا كما إذا كان لها مال (قوله وما فى الصيرفية الخ) عبارتها سكنت مع زوجها ببيت ابنها الصغير قال إن كان بحال لايقدر على المنع بأن كان ابن سبع سنين أو ست ، فعليها أجر المثل ، لأنها غير محتاجة ، حيث كان لها زوج ، وإن كان بحال يقدر على المنع فلا أجر عليها اه :

وفيها مخالفة لما فى البيرى عن المحيط حيث فرض المسألة فيما إذا سكنت بغير أمر الزوج وقدر مدة قدرة الإبن على المنع ، بأن كان ابن عشر فأكثر ، فإن ظاهره أنها سكنت وحدها ، وأنه لو كان ابن ثمان أو تسع يلزمها الأجر تأمل (قوله وإلا فعليها) فى بعض النسخ بضمير التثنية وهو غير موافق لعبارة الصيرفية المارة (قوله غير ظاهر) خبر المبتدأ ووجهه أنه وإن قدر على المنع فلا عبرة بتبرعه وهو صبى (قوله وعليه) أى على القول المعتمد من أنها كالوقف كذا فى تنوير البصائر ، لا على مافى الصيرفية كما قيل فافهم (قوله فهو عليه) أى فالأجر واجب على الزوج لا عليها :

أقول : وعلى ماقدمناه من ظاهر عبارة المحيط فهو عليها لا عليه (قوله ثم نقل عن الخانية الخ) نقل أولا عن العمادية عن محمد إن علم الحاضر أن الزرع ينفعها لا زرع كلها ، فإذا حضر الغائب له أن ينتفع بكل الأرض مثل تلك المدة لثبوت رضا الغائب بمثل ذلك دلالة ، وإن علم أنه ينقصها ليس للحاضر ذلك ، فإن الرضا غير ثابت : ثم نقل عن القنية أن الحاضر لايلزمه فى الملك المشترك أجر وليس للغائب استعماله بقدر تلك المدة ، لأن المهايأة بعد الخصومة قال : وبينهما تدافع ، إلا أن يفرق بين الأرض والدار ، وهو بعيد أو أنهما روايتان ، ثم نقل عن الخانية أن مسألة الدار كمسألة الأرض ، وأن للغائب أن يسكن مثل ما سكن شريكه وأن المشايخ استحسنوا ذلك وهكذا روى عن محمد وعليه الفتوى اه ملخصا . ونقل البيرى عبارة الخانية أيضا مفصلة وأقرها وكذلك المحشى أبو السعود (قوله قالوا وعليه الفتوى) لفظة قالوا يؤتى بها غالبا للتضعيف ، ولم أرها فى هذه المسألة فى كلام غيره ، ولعله زادها إشعارا باختيار خلافه ، وهو ما ذكره آخر كتاب الشركة عن المنظومة المحبية ، وبه أفتى ابن نجيم ، وهو الذى عليه العمل اليوم هذا وكان ينبغى للشارح أن يذكر هذه المسألة بعد قوله إلا إذا سكن بتأويل ملك كما فعل البيرى وغيره (قوله قيل أو آجره الخ) نقل المصنف فى المنح أنه يصير معدا بذلك ، ثم نقل أنها بسنة أو سنتين أو أكثر لاتصير معدة :

أقول : وفى أوائل إجارات القنية عن الأصل استأجر أرضا فزرعها سنين ، فعليه أجر السنة الأولى ونقصان الأرض فيما بعدها ، ويتصدق بالفضل عند أبى حنيفة ومحمد قال القاضى الصدر : هذا إذا لم تكن الأرض معروفة بالإجارة ، بأن كانت لاتؤجر كل سنة فلو عرفت بها يجب أجر السنين المستقبلة ، بلا خلاف ، فعرف بهذا أن عند أبى حنيفة ومحمد لاتصير الأرض معدة للإجارة بالإجارة سنة أو سنتين ونحوه فى المحيط اه :

لا تصير الدار معدة له بإجارتها بل ببنائها أو شرائها له ولا بإعداد البائع بالنسبة للمشترى ويشترط علم المستعمل بكونه معدا حتى يجب الأجر وأن لايكون المستعمل مشهورا بالغصب :

قلت : ولو اختلفا فى العلم وعدمه فالقول له بيمينه لأنه منكر والآخر مدع قاله شيخنا وبموت رب الدار وبيعه يبطل الأعداد ولو بنى لنفسه ، ثم أراد أن يعده فإن قال بلسانه ويخبر الناس صار ذكره المصنف (إلا) فى المعد للاستغلال فلا ضمان فيه (إذا سكن بتأويل ملك) كبيت سكنه أحد الشركاء فى الملك ، ولو ليتيم على ما مر عن القنية فتنبه ، أما فى الوقف إذا سكنه أحدهما بالغلبة بلا إذن لزم الأجر (أو عقد) كبيت الرهن إذا سكنه المرتهن ثم بان للغير معدا للإجارة

أقول : وظاهره اعتماد أنها تصير معدة بأكثر من الثلاث ففى إطلاق الأشباه الآتى نظر فتدبر (قوله لاتصير الدار الخ) قيد بها لأن الأرض تصير معدة للزراعة ، بأن كانت فى قرية اعتاد أهلها زراعة أرض الغير ، وكان صاحبها ممن لا يزرع بنفسه فلصاحبها مطالبة الزارع بالمتعارف كما فى البيرى عن الذخيرة وقدمنا الكلام عليه مستوفى (قوله بالنسبة للمشترى) أى مالم يشترها المشترى لذلك (قوله وأن لايكون المستعمل مشهورا بالغصب) كذا قيده فى الذخيرة حيث قال : قالوا فى المعدة للاستغلال يجب الأجر إذا سكن على وجه الإجارة عرف ذلك منه بطريق الدلالة وذكر فى مزارعتها أن السكنى فيها تحمل على الإجارة إلا إذا سكن بتأويل ملك اه تأمل :

أقول : وذكر الشارح قبيل فسخ الإجارة مانصه : وفى الأشباه ادعى نازل الخان ، وداخل الحمام وساكن المعد للاستغلال الغصب لم يصدق والأجر واجب :

قلت : فكذا مال اليتيم على المفتى به فتنبه اه فتأمل :

أقول : وهذا كله إذا لم يطالبه بالأجر وإلا فيجب ولو لم يكن معدا للاستغلال لما فى إجارات القنية قالوا جميعا المغصوب منه إذا أشهد على الغاصب أنه إن رددت إلى دارى وإلا أخذت منك كل شهر ألف درهم فالإشهاد صحيح ، فلو أقام فيها الغاصب بعده يلزمه الأجر المسمى اه (قوله قاله شيخنا) أى فى حاشية المنح ولم يعزه لأحد :

أقول : وينبغى تقييده بما إذا لم يكن إعداده ظاهرا مشهورا كالخان والحمام وبه يحصل التوفيق بين هذا وبين ماقدمناه آنفا أنه لو ادعى الغصب لم يصدق تأمل (قوله صار) فى بعض النسخ جاز :

[تنبيه] قدمنا فى كتاب الإجارات أن المعد للاستغلال غير خاص بالعقار فقد أفتى فى الحامدية بلزوم الأجر على مستعمل دابة المكارى بلا إذن ولا إجارة ونقل عن مناهى الأنقروى عن حاشية القنية عن ركن الأئمة استعمل ثور إنسان أو عجلته يجب عليه أجر المثل ، إذا كان أعده للإجارة بأن قال بلسانه أعددته لها اه فليحفظ فهو محل اشتباه (قوله إلا فى المعد للاستغلال الخ) أفاد أن الاستثناء من قوله أو معدا فقط ، وأن الوقف ومال اليتيم يجب فيه الأجر على كل حال والداعى إلى هذا التقييد ، مع أنه خلاف المتبادر من عبارة المتن ماقدمه من القول المعتمد ولذا قدم الشارح عند الكلام فى غصب العقار أنه لو شرى دارا وسكنها فظهرت وقفا أو للصغير لزمه الأجر صيانة لها وقدمنا أنه المختار مع أنه سكنها بتأويل ملك أو عقد فاحفظه فقد يخفى على كثير (قوله كبيت) وكذا الحانوت كما فى العمادية (قوله فتنبه) أى ولا تغفل عن كوله مبنيا على قول المتقدمين ح (قوله إذا سكنه أحدهما) أى أحد الموقوف عليهما ، أو أحد الشريكين بأن كان البعض ملكا له والبعض وقفا على الآخر (قوله بالغلبة) قيد به لما قدمه أول كتاب الوقف أنه لو سكن بعضهم ولم يجد الآخر موضعا يكفيه ، فليس له أجرة ولا له أن يقول أنا استعمله بقدر ما استعملته ، لأن المهايأة إنما تكون بعد الخصومة الخ (قوله ثم بان للغير)

فلا شيء عليه . بقي لو آجر الغاصب أحدها فعلى المستأجر المسمى لا أجر المثل ولا يلزم الغاصب الأجر بل يرد ماقبضه للمالك أشباه وقنية وفي الشرنبلالية وينظر مالو عطل المنفعة هل يضمن الأجرة كما لو سكن (و) بخلاف (خمر المسلم وخنزيره) بأن أسلم وهما في يده (إذا أتلفهما) مسلم أو ذمى فلا ضمان (وضمن) المتلف المسلم قيمتهما لأن الخمر

أي ظهر أن البيت لغير الراهن حال كونه معدا للإجارة ح (قوله فلا شيء عليه) لأنه لم يسكنها ملتزما للأجر كما لو رهنها المالك فسكنها المرتهن قنية ؛

أقول : بل الأجر على الراهن لأنه غاصب فتأمله بيرى (قوله بقي لو آجر الغاصب أحدها) أي أحد مامنافعه مضمونة من مال وقف أو يتيم أو معد للاستغلال أشباه (قوله فعلى المستأجر المسمى) أي للغاصب لأنه العاقد (قوله ولا يلزم الغاصب الأجر) أي أجر المثل كما هو في عبارة الأشباه (قوله بل يرد ماقبضه للمالك) حاصله : أنه لايلزمه إلا الذي آجر به وإن كان دون أجر المثل حموى (قوله وقنية) عبارتها ولو غصب دارا معدة للاستغلال أو موقوفة أو ليتيم وآجرها وسكنها المستأجر يلزمه المسمى لا أجر المثل قيل له وهل يلزم الغاصب الأجر لمن له الدار ؟ فكتب لا ولكن يرد ماقبض على المالك وهو الأولى : ثم سئل : يلزم المسمى للمالك أم للعاقد ؟ فقال : للعاقد ، ولا يطيب له بل يرده على المالك وعن أبي يوسف يتصدق به اه ؛

قال العلامة البيرى : الصواب أن هذا مفرع على قول المتقدمين ، وأما على ما عليه المتأخرون فعلى الغاصب أجر المثل اه أي إن كان ماقبضه من المستأجر أجر المثل أو دونه فلو أكثر يرد الزائد أيضا لعدم طيبه له كما حرره الحموى وأقره أبو السعود (قوله وفي الشرنبلالية الخ) عبارتها إلا إذا سكن بتأويل ملك أو عقد ، وينظر مالو عطل الخ : أقول إن كان الضمير في عطل للساكن ، فلا معنى له لأنه مستوف لامعطل ، وإن كان لمن له تأويل ملك فلا وجه للتوقف ، لأنه إذا سكن واستوفى المنفعة لايلزمه أجر فكيف يلزمه إذا عطلها ، وإن كان للغاصب أي لو عطل غاصب منفعة أحد هذه الثلاثة ولم يستوفها فهو معلوم من عبارة المصنف وصاحب الدرر ، لأن استثناء هذه الثلاثة من قوله سابقا استوفاها أو عطلها يفيد أنها مضمونة بالاستيفاء أو التعطيل تأمل .

وسئل في الحامدية عن حانوت وقف عطله زيد مدة فأفتى بلزوم أجر المثل مستدلا بعبارة المصنف ، وأما عود الضمير للمستأجر من الغاصب فلا مساغ له فإنه لم يتعرض في الشرنبلالية للمستأجر فافهم (قوله بأن أسلم وهما في يده) وكذا لو حصلهما وهو مسلم ، فإن الحكم لا يختلف فيما يظهر ، وإنما ذكر ذلك تحسينا للظن بالمسلم ط ؛

وفي جواهر الفتاوى : مسلم غصب من مسلم خمرا هل يجب على الغاصب أداء الخمر إليه حتى لو لم يرده يؤاخذ به يوم القيامة إذا علم قطعا أنه يستردها ليخللها يقضى بردها إليه ، وإن علم أنه يستردها ليشربها يؤمر الغاصب بالإراقة كمن في يده سيف لرجل فجاء مالكه ليأخذه منه إن علم أنه يأخذه ليقتل به مسلما يمسكه إلى أن يعلم أنه ترك هذا الرأي اه منح (قوله فلا ضمان) نتيجة قوله وبخلاف الخ ووجهه عدم تقومها في حق المسلم لأنه باعتبار دين المغصوب منه قال في الشرنبلالية : وكذا لا يضمن الزق بشقه لإراقة الخمر على قول أبي يوسف وعليه الفتوى كما في البرهان اه وهذا حكم الدنيا بقي حكم الآخرة فإن كان المغصوب منه خلا لا تخذا العصير للخل فعلى الغاصب إثم الغصب ، وإن اتخذها للشرب ، فلا حق له عليه في الآخرة كما في المنح عن جواهر الفتاوى (قوله المسلم) أما الذمى فيضمن مثل الخمر وقيمة الخنزير ابن ملك (قوله قيمتهما) أي الخمر والخنزير وفي بعض النسخ قيمتها بلا ضمير تثنية أي قيمة الخمر والأولى هي الموافقة لقول المصنف كالكنز والقدورى لو كانا لذمى بالمثلية ، والثانية موافقة لتعليل الشارح ولما في غاية البيان عن شرح الكافي إذا أتلف المسلم الخنزير على ذمى

فى حقنا قيمى حكما (لو كانا لذمى) والمتلف غير الإمام أومأموره يرى ذلك عقوبة فلا يضمن ولا الزق خلافا لمحمد مجتبى ولاضمان فى ميتة ودم أصلا (بخلاف مالو اشتراها) أى الخمر (منه) أى الذمى (وشربها فلا ضمان ولا ثمن) لأنه فعله بتسليط بائعه ، بخلاف غصبها مجتبى ، وفيه أتلف ذمى خمر ذمى ثم أسلما أو أحدهما لا شىء عليه إلا فى رواية عليه قيمة الخمر (غصب خمر مسلم فخللها بما لا قيمة له) كحنطة وملح يسير لا قيمة له أو تشميس (أو) غصب (جلدميتة فدبغه به) بما لاقيمة له كتراب وشمس (أخذهما المالك مجانا و) لكن (لو أتلفهما ضمن) لا لو تلفا ، وفى شرح الوهبانية يضمن قيمته مدبوغا واعتمده فى الملتقى (ولو خللها بذى قيمة كالملح) الكثير (والخل ملكه ولا شىء عليه) لمالكه خلافا لهما (ولو دبغ به) بذى قيمة

فلا ضمان عليه عنده خلافا لهما وتمامه فيه (قوله قيمى حكما) أى وإن كانت من ذوات الأمثال ، لأن المسلم ممنوع عن تمليكها وتملكها لما فيه من إعزازها زيلعى (قوله لو كانا لذمى) أطلقه فشمل ما إذا أظهر بيعهما قال فى المنح عن المجتبى : ذمى أظهر بيع الخمر والخنزير فى دار الإسلام يمنع منه ، فإن أراقه رجل أو قتل خنزيره ضمن إلا أن يكون إماما يرى ذلك فلا يضمن الزق ولا الخنزير ولا الخمر لأنه مختلف فيه اهـ ونقل ط عن البرهان تقييد الإطلاق بما إذا لم يظهرها تأمل وسيأتى تمام الكلام عليه (قوله يرى ذلك عقوبة) حال من الإمام أى يرى جواز العقوبة به بأن كان مجتهدا أو مقلدا لمجتهد يراه كما يفيده التعليل السابق تأمل (قوله ولا ضمان فى ميتة ودم أصلا) أى مطلقا ولو لذمى كما سيصرح به إذ لايدين تمولها أحد من أهل الأديان هداية وهذا فى الميتة حتف أنفها ، لأن ذبيحة المجوسى ومخنوقته وموقوذته يجوز بيعها عند أبى يوسف خلافا لمحمد ، فينبغى أن يجب الضمان إتقانى وجزم به فى الكفاية (قوله وشربها) المراد مطلق الإتلاف كما فى المنح عن القنية (قوله لأنه فعله الخ) بيان لوجه المخالفة بين الغصب والشراء :

قال فى المنح : لكن فيه أنه مخالف للقاعدة المشهورة : وهى أن المتضمن يبطل ببطلان المتضمن وهنا لما بطل البيع فى الخمر وجب أن يبطل مافى ضمنه من التسليط إلا أن يدعى خروجه عن القاعدة ببيان وجه أو أنها أكثرية اهـ قال الرملى : لقائل أن يمنع كونه منها إذ التسليط حصل بالفعل قصدا لاضمنا فتأمل اهـ (قوله ثم أسلما أو أحدهما) أى قبل القضاء بمثل الخمر أو بعده منح (قوله إلا فى رواية) أى عن الإمام وهى قول محمد (قوله عليه قيمة الخمر) أى على المتلف إذا أسلم وحده وكذا إذا أسلما وسبق إسلامه قال الزيلعى : ولو أسلم الطالب بعد ما قضى له بمثلها فلا شىء له على المطلوب ، لأن الخمر فى حقه ليست بمتقومة فكان بإسلامه مبرئا له عما كان فى ذمته من الخمر وكذا لو أسلما لأن فى إسلامهما إسلام الطالب :

ولو أسلم المطلوب وحده أو أسلم المطلوب ثم أسلم الطالب بعده قال أبو يوسف لا يجب عليه شىء ، وهو رواية عن أبى حنيفة وقال محمد : يجب قيمة الخمر وهو رواية عن أبى حنيفة اهـ فافهم ، وقيد بالخمر لما فى التاترخانية أنه فى الخنزير يبقى الضمان بإسلامهما أو إسلام أحدهما ، لأن موجبه الأصلى القيمة والإسلام لاينافيها اهـ (قوله أخذهما المالك مجانا) لأن ذلك تطهير له بمنزلة الغسل فيبقى على ملكه إذ لا تثبت المالية به (قوله ولكن لو أتلفهما ضمن) لما كان هنا المغصوب خمر المسلم وقد مر أن خمر المسلم لايضمن بالإتلاف كان مظنة لتوهم عدم الضمان هنا أيضا فالاستدراك فى محله فافهم (قوله ضمن) أى مثل الخل وقيمة الجلد ح (قوله يضمن قيمته مدبوغا) أى فى صورة الإتلاف ط (قوله واعتمده فى الملتقى) حيث قال : فلو أتلفه الغاصب ضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ (قوله ملكه) لأن الملح والخل مال متقوم والخمر غير متقوم فيرجح جانب الغاصب فيكون له بلا شىء (قوله لمالكه) أى المالك الأول (قوله خلافا لهما) فعندهما يأخذ المالك إن شاء ويرد

كقرظ وعفص (الجلد أخذه المالك ورد مازاد الدبغ) وللغاصب حبسه حتى يأخذ حقه (ولو أتلفه لا يضمن) كما لو تلف ولا ضمان بإتلاف الميتة ولو لذمى ولا بإتلاف متروك التسمية عمدا ولو لمن يبيحه ملتقى لأن ولاية المحاجة ثابتة (وضمن بكسر معزف) بكسر الميم آلة اللهو ولو لكافر ابن كمال (قيمته) خشبا منحوتا

قدر وزن الملح من الخل ، فلو أتلفها الغاصب لا يضمن خلافا لهما ملتقى (قوله كقرظ) بفتحتين وبالظاء المشالة ورق السلم شرنبلالية وما فى المنح بخط المصنف كقرض بالضاد تصحيف كما نبه عليه الرملى (قوله الجلد) مفعول دبغ (قوله أخذه المالك) وقول صدر الشريعة : وإذا دبغ بذى قيمة يصير ملكا للغاصب سهو من قلم الناسخ الأول كما بسطه الباقانى در منتقى . قيل : والفرق بين الخل والجلد فى أن المالك يأخذ الجلد لا الخل أن الجلد باق لكن أزال عنه النجاسات والخمر غير باقية ، بل صارت حقيقة أخرى ولابن الكمال فيه كلام (قوله ورد مازاد الدبغ) بأن يقوم مدبوغا وذكيا غير مدبوغ ويرد فضل ما بينهما ملتقى قال فى شرحه وليس له أن يدفع الجلد للغاصب ويضمنه قيمته غير مدبوغ لعدم تقومه قبل الدبغ (قوله وللغاصب حبسه الخ) فإن هلك فى يده سقط عن المالك قيمة الزيادة ابن كمال (قوله ولو أتلفه لا يضمن) أى لو أتلفه عند أبى حنيفة وقالا يضمن قيمته طاهرا لأن تقوّم الجلد حصل بفعله وحقه قائم فيه ، والجلد تبع لفعله فى حق التقوم ، لأنه لم يكن متقوما قبل الدباغة . والأصل وهو الصنعة غير مضمون عليه بالإتلاف ، فكذا تبعه بخلاف المدبوغ بما لا قيمة له ، لأنه ليس للغاصب فيه شىء متقوم ، وبخلاف مالو استهلكه غير الغاصب ، لأن الأصل مضمون عليه فكذا التبع ابن ملك .

وفى النهاية : لو جعله الغاصب بعد دباغته فروا فإن جلد ذكى فعليه قيمته يوم الغصب اتفاقا وإن جلد ميتة فلا شىء عليه لأنه تبدل اسمه ومعناه بفعله وتمامه فى التبيين (قوله ولا ضمان الخ) مكرر مع ما مر لكن أعاده ليربطه بما بعده إظهارا للفرق بينهما كما أشار إليه فى الهداية من أنا لما أمرنا بترك أهل الذمة على ما اعتقدوه من الباطل وجب علينا ترك أهل الاجتهاد على ما اعتقدوه مع احتمال الصحة فيه بالأولى ، والفرق أن ولاية المحاجة ثابتة لقيام الدليل على الحرمة فلم يعتبر اعتقاد الضمان فافهم (قوله ولو لمن يبيحه) أى ولو كان مملوكا لمبيحه كشافعى (قوله لأن ولاية المحاجة ثابتة) أى بنص – ولا تأكلوا – قال فى العناية لقائل أن يقول : لا نسلم ذلك لأن الدليل الدال على ترك المحاجة مع أهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الأولى على ما قررتم والجواب : أن الدليل هو قوله عليه الصلاة والسلام « اتركوهم ومايدينون » وكان ذلك بعقد الذمة وهو منتف فى حق المجتهدين اهـ .

وفى الحواشى السعدية : والأولى أن استحلال متروك التسمية مخالف لنص الكتاب والخصم مؤمن به فيثبت ولاية المحاجة (قوله آلة اللهو) كبربط ومزمار ودف وطبل وطنبور منح والذى قاله ابن الكمال أن العزف بلا ميم هو آلة اللهو وأما المعزف بالميم فهو نوع من الطنابير يتخذه أهل اليمن وكتب على الهامش أن صدر الشريعة أخطأ حيث لم يفرق بين المعزف والعزف وهو كفلس جمعه معازف على غير قياس وعزف كضرب سائحانى ومثله فى القهستانى (قوله ولو لكافر) الأولى : ولو لمسلم ليفيد الكافر بالأولى لما قيل إنه بالاتفاق كما يأتى ، ولأن خمر المسلم غير مضمون بخلاف خمر الكافر كما مر ، فإذا ضمن معزف المسلم مع عدم ضمان خمره علم ضمان معزف الكافر بالأولى فتدبر . وعبارة ابن الكمال وإنما لم يقل لمسلم كما قال صاحب الهداية لعدم الفرق بين كونه(١) له

---

(١) (قوله لعدم الفرق بين كونه الخ) ظاهر هذا أنه يضمن لها صالحا لغير اللهو وبه جزم القهستانى كما يأتى فى المحشى ، وحينئذ يكون قول الشارح : ولو لكافر مناسباً لأنه ربما يتوهم فى عزف الكافر بالغاً مابلغ ضمانه ، وحينئذ يكون حكم عزف المسلم معروفا بالأولى اهـ .

(صالحا لغير اللهو و) ضمن القيمة لا المثل (بإراقة سكر ومنصف) سيجيء بيانه فى الأشربة (وصح بيعها) كلها وقالا لايضمن ولا يصح بيعها ، وعليه الفتوى ملتقى ودرر وزيلعى وغيرها ، وأقره المصنف :

وأما طبل الغزاة زاد فى حظر الخلاصة والصيادين والدف الذى يباح ضربه فى العرس فضمون اتفاقا (كالأمة المغنية ونحوها) ككبش نطوح وحمامة طيارة وديك مقاتل وعبد خصى حيث تجب قيمتها غير صالحة لهذا الأمر :

(ولو غصب أم ولد فهلكت لايضمن بخلاف) موت (المدبر) لتقوّم المدبر دون أم الولد وقالا يضمنها لتقومها (حل قيد عبد غيره أو ربط دابته أو فتح باب إصطبلها أو قفص طائره فذهبت) هذه المذكورات

وكونه لكافر (قوله صالحا لغير اللهو) فنى الدف قيمته دفا يوضع فيه القطن وفى البربط قصعة ثريد إتقانى (قوله سيجيء بيانه) بينه فى الهداية هنا فقال السكر أى بفتحتين اسم للنىء من ماء الرطب إذا اشتد والمنصف ماذهب نصفه بالطبخ (قوله وصح بيعها كلها) لأنها أموال متقومة لصلاحيتها للانتفاع بها لغير اللهو ، فلم تناف الضمان كالأمة المغنية ، بخلاف الخمر فإنها حرام لعينها : وأما السكر ونحوه فحرمته عرفت بالاجتهاد وبإخبار الآحاد فقصرت عن حرمة الخمر ، فجوزنا البيع ، وقلنا يضمن بالقيمة لا بالمثل ، لأن المسلم يمنع عن ذلك ، ولكن لو أخذ المثل جاز لعدم سقوط التقوم إتقانى ملخصا وبه يندفع توقف المحشى (قوله وقال الخ) هذا الاختلاف فى الضمان دون إباحة إتلاف المعازف ، وفيما يصلح لعمل آخر وإلا لم يضمن شيئا اتفاقا ، وفيما إذا فعل بلا إذن الإمام ، وإلا لم يضمن اتفاقا ، وفى غير عود المغنى وخابية الخمار ، وإلا لم يضمن اتفاقا لأنه لو لم يكسرها عاد لفعله القبيح ، وفيما إذا كان لمسلم فلو لذمى ضمن اتفاقا قيمته بالغا مابلغ ، وكذا لو كسر صليبه ، لأنه مال متقوم فى حقه :

قلت : لكن جزم القهستانى وابن الكمال أن الذمى كالمسلم فليحرر در منتقى :

أقول : وجزم به فى الاختيار أيضا ولعله اقتصر فى الهداية على ذكر المسلم لكونه محل الخلاف وبه يتحرر المقام فتدبر (قوله والدف الذى يباح الخ) احتراز عن المصنج فنى النهاية عن أبى الليث ينبغى أن يكون مكروها (قوله غير صالحة لهذا الأمر) أى ويضمن قيمة العبد غير خصى ط (قوله فهلكت) عبر به ليفيد أنه لوحصل ذلك بفعله ثبت موجبه من غير خلاف وحرره ط :

أقول : فى التاترخانية عن شرح الطحاوى : ولو جنى على كل منهما يجب أرش الجناية على الجانى بالإجماع (قوله لتقوم المدبر) أى بثلثى قيمة القن وقيل بنصفها أفاده العينى ولا يملكه بأداء الضمان لأنه لا يقبل النقل من ملك إلى ملك أبو السعود (قوله لتقومها) أى أم الولد وقيمتها ثلث قيمة القن حموى وفى بعض النسخ بضمير التثنية (قوله حل قيد عبد غيره) الخلاف فى العبد المجنون ، فلو عاقلا لايضمن اتفاقا شرنبلالية عن البزازية (قوله فذهبت هذه المذكورات) عدم الضمان قولهما خلافا لمحمد فى الدابة والطير ، وظاهر القهستانى والبرجندى : أن الخلاف فى الكل ، وأن المودع لو فعل ما ذكر ضمن بالاتفاق لالتزامه الحفظ در منتقى وفى الشرنبلالية قال فى النظم : لو زاد على مافعل بأن فتح القفص وقال للطير كش كش أو باب إصطبل فقال للبقر هش هش ، أو للحمار هر هر يضمن اتفاقا وأجمعوا أنه لو شق الزق والدهن سائل أو قطع الحبل حتى سقط القنديل يضمن اه ط :

(أو سعى إلى سلطان بمن يؤذيه و) الحال أنه (لايدفع بلا رفع) إلى السلطان (أو) سعى (بمن يباشر الفسق ولا يمتنع بنهيه أو قال لسلطان قد يغرم وقد لايغرم) فقال (إنه وجد كنزا فغرمه) السلطان (شيئا لايضمن) فى هذه المذكورات (ولو غرم) السلطان (البتة) بمثل هذه السعاية (ضمن وكذا) يضمن (لوسعى بغير حق عند محمد زجرا له) أى للساعى (وبه يفتى) وعزر ولو الساعى عبدا طولب بعد عتقه (ولو مات الساعى فللمسعى به أن يأخذ قدر الخسران من تركته) هو الصحيح جواهر الفتاوى :

ونقل المصنف : أنه لو مات المشكو عليه بسقوطه من سطح لخوفه غرم الشاكى ديته لا لو مات بالضرب لندوره وقد مر فى باب السرقة :

(أمر) شخص (عبد غيره بالإباق أو قال) له (اقتل نفسك ففعل) ذلك (وجب عليه قيمته) ولو قال له أتلف مال مولاك فأتلف يضمن الآمر ، والفرق إن بأمره بالإباق والقتل صار غاصبا ، لأنه استعمله فى ذلك الفعل ، وبأمره بالإتلاف لايصير غاصبا للمال ، بل للعبد وهو قائم لم يتلف ، وإنما التلف بفعل العبد :

مطلب فى ضمان الساعى

(قوله أو سعى إلى سلطان) الظاهر أن هذه المسألة والتى بعدها لا ضمان فيهما اتفاقا لإزالة الضرر اه ط (قوله قد يغرم وقد لايغرم) بتشديد الراء على البناء للفاعل من مزيد الثلاثى قال فى المنح : والفتوى اليوم بوجوب الضمان على الساعى مطلقا (قوله فقال) الأولى إسقاطه (قوله إنه وجد كنزا) زاد فى جامع الفصولين فظهر كذبه ضمن إلا إن كان عدلا ، أو قد يغرم وقد لا يغرم ورمز أيضا السعاية الموجبة للضمان أن يتكلم بكذب يكون سببا لأخذ المال منه ، أو لايكون قصده إقامة الحسبة كما لو قال إنه وجد مالا وقد وجد المال فهذا يوجب الضمان إذ الظاهر أن السلطان يأخذ منه المال بهذا السبب اه (قوله وبه يفتى) أى دفعا للفساد وزجرا له وإن كان غير مباشر ، فإن السعى سبب محض لإهلاك المال والسلطان يغرمه اختيارا لا طبعا هذا وفى الإسماعيلية مايفيد أنه ورد نهى سلطانى عن سماع القضاة هذه الدعوى ، فإنه أفتى بأنه لايقضى عليه بالضمان إلا بأمر سلطانى (قوله وعزر) قال فى الخيرية : وقد جوز السيد أبو شجاع قتله فإنه ممن يسعى فى الأرض بالفساد ويثاب قاتلهم ، وكان يفتى بكفرهم ومختار المشايخ أنه لايفتى بكفرهم ، وجواز القتل لايدل على الكفر كما فى القطاع والأعونة من المحاربين الله ورسوله قاله فى البزازية اه (قوله ونقل المصنف) أى عن العمادية ، فيما لوادعى عليه سرقة فحبس ، فسقط من السطح لما أراد أن ينفلت خوفا من التعذيب فمات ثم ظهرت السرقة على يد غيره ، ثم نقل المصنف عن القنية شكى عند الوالى بغير حق وأتى بقائد فضرب المشكو فكسر سنه أو يده يضمن الشاكى أرشه كالمال وقيل إن من حبس بسعاية فهرب وتسور جدار السجن فأصاب بدنه تلف يضمن الساعى ، فكيف هنا فقيل أتفتى بالضمان فى مسألة الهرب قال لا الخ تأمل (قوله غرم الشاكى) أى لو بغير حق كما يفهم مما مر من عدم غرامة الأموال فليكن مثلها غرامة النفس سائحانى :

قلت : ويؤخذ أيضا من قول العمادية ثم ظهرت السرقة على يد غيره كما مر تأمل (قوله والفرق الخ) استشكله فى جامع الفصولين بما فى فوائد صاحب المحيط أمر قن غيره بإتلاف مال رجل يغرم مولاه ثم يرجع على آمره إذ الآمر صار مستعملا للقن فصار غاصبا قال : ويمكن الجواب بأنه لاضمان على القن ، ولا على مولاه فى إتلاف مال مولاه فلا رجوع على الآمر ، بخلاف إتلاف مال غيره أو فى المسألة روايتان لكنه يفيد أن الآمر يضمن ، وإن لم يكن سلطانا ولا مولى ويأتى خلافه قال ويمكن الجواب بأن المراد ثمة هو الضمان الابتدائى الذى بطريق الإكراه ألا ترى أن المباشر لايضمن ثمة بخلاف مانحن فيه فافترقا :

واعلم أن الآمر لا ضمان عليه بالأمر إلا فى ستة إذا كان الآمر سلطانا أو أبا أو سيدا أو المأمور صبيا أو عبدا أمره بإتلاف مال غير سيده وإذا أمره بحفر باب فى حائط الغير غرم الحافر ورجع على الآمر أشباه :

مطلب الآمر لا ضمان عليه إلا فى ستة

(قوله واعلم أن الآمر لاضمان عليه) فلو خرق ثوبا بأمر غيره ضمن المخرق لا الآمر جامع الفصولين :
قال الرملى فى حاشيته عليه : أقول وجه عدم صحة الأمر أنه لا ولاية له أصلا عليه فلو كان له عليه ولاية كدابة مشتركة بين اثنين استعارها أجنبى من أحدهما فأمر رجلا بتسليمها للمستعير فدفعها له فلا شبهة فى ضمان الآمر الشريك ، لأن تسليم مأموره كتسليمه هو وإن شاء ضمن المأمور لتعديه بدفع مال الغير بغير إذنه تأمل اه (قوله إلا فى ستة) هذا على ما فى بعض نسخ الأشباه وفى بعضها خمسة بإسقاط أو أبا (قوله إذا كان الآمر سلطانا) لأن أمره إكراه كما مر فى بابه (قوله أو أبا) صورته : أمر الأب ابنه البالغ ليوقد نارا فى أرضه ففعل ، وتعدت النار إلى أرض جاره فأتلفت شيئا يضمن الأب لأن الأمر صح ، فانتقل الفعل إليه كما لو باشره الأب ، بخلاف ما لو استأجر نجارا ليسقط جداره على قارعة الطريق ففعل وتلف به إنسان فإن الضمان على النجار لعدم صحة الأمر كذا فى شرح تنوير الأذهان وظاهر هذا التصوير أنه ليس المراد كل أمر من الأب للبالغ ، حتى لو أمره بإتلاف مال أو قتل نفس يكون ضمانه على الابن لفساد الأمر ط :
أقول : ووجهه أنه فى الأول استخدام فصح الأمر لوجوب خدمة الأب ، بخلاف غيره فإنه عدوان محض تأمل ، وينبغى تقييده بما لو أوقد النار فى يوم ريح أو نارا لايوقد مثلها ، أو كانت أرض الجار قريبة ، بحيث يصل إليها شرار النار غالبا وإلا فلا ضمان على المالك لو فعل ذلك كما فى جامع الفصولين فكذا بفعل ابنه بأمره (قوله أو سيدا) أى والمأمور قنه (قوله أو المأمور صبيا) كما إذا أمر صبيا بإتلاف مال الغير فأتلفه ضمن الصبى ، ويرجع به على الآمر أشباه ، وفى الخانية : حر بالغ أمر صبيا بقتل رجل فالدية على عاقلة الصبى ، ثم يرجعون على عاقلة الآمر ، فلو الآمر صبيا أيضا فلا رجوع ولو عبدا مأذونا لايضمن الآمر اه ملخصا :
وفى جامع الفصولين قال لصبى : اصعد هذه الشجرة فانفض لى ثمرها فصعد فسقط تجب ديته على عاقلة آمره وكذا لو أمره بحمل شىء أو كسر حطب بلا إذن وليه ، ولو لم يقل اصعد لى بل قال اصعدها وانفض لنفسك أو نحوه فسقط ومات فالمختار هو الضمان وقيل لا ضمان اه (قوله أو عبدا أمره بإتلاف مال غير سيده) أو بالإباق أو بقتل نفسه كما مر ، فلو أمره بإتلاف مال سيده لايضمن كما مر أيضا قال الحموى : إذ لو ضمن لرجع على سيد العبد بما ضمنه لسيده ولا فائدة فيه اه (قوله وإذا أمره) الضمير المنصوب يعود إلى المأمور لابقيد كونه صبيا أو عبدا (قوله ورجع على الآمر) أفاد فى التاترخانية أن الرجوع فيما إذا قال له احفر لى بزيادة لفظة لى أو قال فى حائطى أو كان ساكنا فى تلك الدار أو استأجره على ذلك لأن ذلك كله من علامات الملك وإلا فلا يرجع لأن الأمر لم يصح بزعم المأمور اه وعليه فلو قال : احفر لى فى حائط الغير أو علم أنه للغير لايرجع فإطلاق الشارح فى محل التقييد فتنبه :

[تتمة] فى الهندية عن الذخيرة : أمر غيره أن يذبح له هذه الشاة ، وكانت لجاره ضمن الذابح علم أولا لكن إن علم لايكون له حق الرجوع وإلا رجع اه وفى البزازية : أمر أجيره برش الماء فى فناء دكانه فرش فما تولد منه فضمانه على الآمر ، وإن بغير أمره فالضمان على الراش اه :

قلت : فصارت المستثنيات ثمانية ويزاد تاسعة : وهي ما قدمناه قريبا عن الرملي والتتبع ينفي الحصر

(استعمل عبد الغير لنفسه) بأن أرسله فى حاجته (وإن لم يعلم أنه عبد أو قال له ذلك العبد) الذى استعمله (إنى حر ضمن قيمته إن هلك) العبد عمادية وفيها جاء رجل إلى آخر فقال إنى حر فاستعملنى فى عمل فاستعمله فهلك ثم ظهر أنه عبد ضمنه علم أو لم يعلم هذا إذا استعمله فى عمل نفسه (ولو استعمله لغيره) أى فى عمل غيره (لا) ضمان عليه لأنه لايصير به غاصبا كقوله لعبد: ارق هذه الشجرة وانثر المشمش لتأكله أنت فسقط لم يضمن الآمر ولو قال : لتأكله أنت وأنا ضمن قيمته كله لأنه استعمله كله فى نفعه ؛

(غلام جاء إلى فصاد فقال أفصدنى ففصده فصدا معتادا) فغيره بالأولى (فمات من ذلك ضمن قيمة العبد عاقلة الفصاد وكذلك) الحكم فى(الصبى تجب ديته على عاقلة الفصاد) عمادية ؛

[فرع] غصب عبدا ومعه مال المولى صار غاصبا للمال أيضا ، بل قالوا : يضمن ثيابه تبعا لضمان عينه بخلاف الحر عمادية وفى الوهبانية :

ولو نسى الحرفات يضمن نقصها ولو نسى القرآن أو شاخ يذكر
ولو علم الدلال قيمة سلعة فقوم للسلطان أنقص يخسر

(قوله استعمل عبد الغير) ومثله الصبى كما مر فلو غصب حرا صغيرا ضمن إلا إن مات حتف أنفه فلو غرق أو قتله قاتل ضمن اه جامع الفصولين (قوله لنفسه) زاد فى البزازية قيدا آخر ونصه : استخدام عبد الغير إذا اتصل به الخدمة غصب لقبضه بلا إذنه ، حتى إذا هلك من ذلك العمل يضمن ، وإن لم تتصل به الخدمة لايضمن علم أنه عبد الغير أولا اه (قوله وفيها الخ) مكرر مع المتن ح إلا أن يقال قصد بنقلها توضيح المتن (قوله أى فى عمل غيره) أى ولو كان ذلك الغير نفس العبد وحده كما يدل عليه ما بعده (قوله لم يضمن الآمر) لعله مبنى على خلاف المختار الذى قدمناه عن جامع الفصولين ، إلا أن يدعى الفرق بين الصبى والعبد فليتأمل (قوله لأنه استعمله كله فى نفعه) هذا ما علل به قاضيخان حين أفتى بالضمان ، ووجهه أن نفع الآمر لا يحصل إلا باستعمال العبد كله لعدم تجزيه وإن قصد العبد نفع نفسه أيضا ، ولأنه لم يصعد إلا بأمره يوضحه ما فى العمادية أيضا : غلام حمل كوز ماء لبيت مولاه بإذنه فدفع إليه رجل كوزه ليحمل ماء له من الحوض فهلك فى الطريق قال صاحب المحيط : مرة يضمن نصف القيمة ثم قال فى المرة الثانية : كلها لأنه نسخ فعله فعل المولى اه فحيث ضمن الكل مع أن العبد فى خدمة المولى يضمن فى مسألتنا بالأولى (قوله فغيره بالأولى) كذا قاله فى المنح ، وظاهره أن العاقلة تضمنه أيضا وقد علل ضمان العاقلة فى المعتاد فى جامع الفصولين بأنه خطأ ، وهل غير المعتاد خطأ أيضا محل نظر فليحرر ، وقدم الشارح المسألة فى باب ضمان الأجير وذكر أنه لو فصد نائما وتركه حتى مات من السيلان يجب القصاص (قوله ضمن قيمة العبد عاقلة الفصاد) لأن إذنه لايعتبر وظاهره ولو مأذونا ، لأن ذلك ليس من التجارة ومثله الصبى ط (قوله صار غاصبا للمال أيضا) فلو أبق ضمن غاصبه المال وقيمته فصولين (قوله بل قالوا الخ) وجه الترقى أن الثياب تابعة له بخلاف المـــال (قوله بخلاف الحر) لأن ثيابه تحت يده فصولين وفى البزازية ضرب رجلا وسقط حتى مات قال محمد يضمن ماله وثيابه التى عليه اه أى لفساد اليد تأمل (قوله ولو نسى الحرفات) جمع حرفة أى فى يد الغاصب (قوله أو شاخ) أى صار شيخا أو عجوزا لفوات وصف مقصود يزيد فى المالية (قوله يذكر) أى ضمان النقصان (قوله ولو علم الدلال الخ) قال الشرنبلالى عن القنية : الدلال إذا علم القيمة ونقص منها المباع للخزانة السلطانية أو للأمير بما لايتغابن فيه يضمن النقص ، وخرّج على هذا تقويم شهود القيمة والقسمة وشيخ الصحافين ونحوهم لأموال الأيتام والأوقاف الخراب للأمراء والنواب والحاكم كما هو المعتاد ويظهر فيه الغبن الفاحش ، وقد يعلم القاضى حالهم سيما فى الاستبدالات من جهتى المسوغ

ومتلف إحدى فردتين يسلم الـ بقية والمجموع منه يحضر

قلت : وعن أبي يوسف لايضمن إلا الخف التى أتلفها وفى البزازية هو المختار وأقره الشرنبلالى وذكر مايفيد أن السلطان ليس بقيد وإنه ينبغى القول بتضمين القاضى أيضا سيما فى استبدال وقف ومال يتيم فليحفظ والله أعلم .

كتاب الشفعة

مناسبته تملك مال الغير بغير رضاه (هى) لغة : الضم وشرعا (تمليك البقعة جبرا على المشترى

والقيمة وحينئذ ينبغى القول بتضمين القاضى أيضا اهـ (قوله ومتلف إحدى فردتين) المراد أحد شيئين لاينتفع صاحبهما الانتفاع المقصود إلا بهما معا كمصراعى باب وزوجى خف أو مكعب (قوله يسلم البقية) أل من البقية تتمة الشطر الأول : أى يدفع للغاصب الفردة البقية أى الباقية إن شاء ويضمنه قيمة المجموع وقال بعضهم يمسك الباقية ويضمنه الثنتين (قوله وأقره الشرنبلالى) أى فى شرحه على النظم (قوله وذكر ما يفيد أن السلطان الخ) أى الواقع فى النظم وقدمنا عبارته آنفا .

[خاتمة] غصب السلطان نصيب أحدهم من شرب أو دار وقال لا أغصب إلا نصيبه فهو بينهم جميعا فصولين لكن فى التاترخانية المختار أن غصب المشاع يتحقق. تشبث رجل بالثوب فجذبه صاحبه فانخرق ضمن الرجل نصف الثوب . قام فانشق ثوبه من جلوس رجل عليه ضمن الرجل نصف الشق ، وعلى هذا المكعب دخلت دابة زرعه فأخرجها ولم يسقها بعد ذلك لم يضمن هو المختار ، وإن ساقها بعد ما أخرجها يضمن سواء ساقها إلى مكان يأمن فيه منها على زرعه أو أكثر منه ، وعليه الفتوى .

ماتت دابة لرجل فى دار آخر إن لجلدها قيمة يخرجها المالك والأقرب الدار قال مشايخنا رحمهم الله تعالى : الغاصب إذا ندم ولم يظفر بالمالك يمسك المغصوب إلى أن ينقطع رجاؤه فيتصدق به إن شاء بشرط أن يضمن إن لم يجز صدقته ، والأحسن أن يرجع ذلك إلى الإمام لأن له تدبيرا ورأيا فى مال الغيب الكل من التاترخانية والله تعالى أعلم وله الحمد على ما علم .

كتاب الشفعة

(قوله مناسبته الخ) أى مناسبته للغصب ولم يذكر وجه تقديمه عليها مع أنها مشروعة بخلافه ، وهو كثرة وقوعه وأنه قد يدخل فى العقار والمنقول ، بخلافها لما قال فى السعدية إن بيان وجه تأخيره عن المأذون يغنى عنه (قوله هى لغة الضم) قال الزيلعى : مأخوذة من الشفع ، وهو الضم ضد الوتر ومنه شفاعة النبى صلى الله عليه وسلم للمذنبين لأنه يضمهم بها إلى الفائزين يقال : شفع الرجل شفعا إذا كان فردا فصار ثانيا ، والشفيع يضم المأخوذ إلى ملكه فلذلك سمى شفعة اهـ .

وفى القهستانى : هى لغة فعلة بالضم بمعنى المفعول اسم للملك المشفوع بملك اهـ وأفاد فى المغرب استعمالها فى المعنيين وأنه لم يسمع من الشفعة فعل ، وأما قولهم : الدار التى يشفع بها فمن استعمال الفقهاء (قوله وشرعا تمليك البقعة) الأولى ما وقع فى الكنز وغيره تملك ، لأنه من أوصاف الشفيع ، وهو مالك لا مملك بل الأولى ما فى غاية البيان أنها عبارة عن حق التملك ، إذ لولا هذا المضاف كما قال قاضى زاده فى تكملة الفتح لزم أن لايكون لقوله وتستقر بالإشهاد صحة ، لأن التملك لايوجد بدون القضاء أو الرضا ، وأيضا فإن حكمها جواز الطلب وحكم الشىء يعقبه أو يقارنه ، فلو حصل التملك قبل الطلب لزم تحصيل الحاصل ، والمراد البقعة أو بعضها ليشمل ما إذا اشتراها أحد شفعائها كما سيأتى (قوله جبرا على المشترى) ليس للاحتراز عما لو رضى بذلك ، بل لأن الغالب عدم رضاه

بما قام عليه) بمثله لو مثليا وإلا فبقيمته (وسببها اتصال ملك الشفيع بالمشترى) بشركة أو جوار: (وشرطها: أن يكون المحل عقارا) سفلا كان أو علوا وإن لم يكن طريقه فى السفل ، لأنه التحق بالعقار بماله من حق القرار درر :

قلت : وأما ما جزم به ابن الكمال فى أول باب ماهى فيه من أن البناء إذا بيع مع حق القرار يلتحق بالعقار فرده شيخنا الرملى وأفتى بعدمها

كما أشار إليه القهستانى أبو السعود ، وأفاد ابن الكمال أن المراد به عدم اعتبار الاختيار ، لا أنه يعتبر عدم الاختيار واحترز بقوله : على مشتريه عما ملكه بلا عوض كما بالهبة والإرث والصدقة أو بعوض غير عين كالمهر والإجارة والخلع والصلح عن دم عمد ، ودخل فيه ماوهب بعوض فإنه اشتراء انتهاء قهستانى: وبه ظهر أنه ليس الأولى تركه بل زيادة البائع ، لأنه قد يكون جبرا عليه إذا أقر بالبيع ، وأنكر المشترى . وفى الفتاوى الصغرى الشفعة تعتمد زوال الملك عن البائع لا على ثبوته للمشترى ولذا تثبت إذا باع بشرط الخيار للمشترى اه فافهم (قوله بما قام عليه) يعنى حقيقة أو حكما كما سيأتى فى الخمر وغيره طورى . والمراد ما لزم المشترى من المؤن بالشراء وبه يعلم ما فى كلام العينى كصاحب الدرر من القصور حيث قال بما أى بالثمن الذى قام عليه ، فلو أبقى المتن على عمومه لكان أولى أبو السعود (قوله وسببها الخ) قال الطورى : وسببها دفع الضرر الذى ينشأ من سوء المجاورة على الدوام من حيث إيقاد النار وإعلاء الجدار وإثارة الغبار اه :

والظاهر أنه سبب المشروعية ، وما ذكره المصنف سبب الأخذ تأمل لايقال ما ذكر ضرر موهوم ، والأخذ من المشترى ضرر محقق به لأنا نقول هو غالب فيرفع قبل وقوعه وإلا فربما لا يمكن رفعه وما أحسن ما قيل :

كم معشر سلموا لم يؤذهم سبع   وما نرى أحدا لم يؤذه بشر

(قوله بالمشترى) بفتح الراء (قوله بشركة أو جوار) متعلق باتصال وشمل الشركة فى البقعة وللشركة فى الحقوق كما يأتى ، وشمل قليل الشركة وكثيرها كالجوار نبه عليه الإتقانى ط (قوله وشرطها الخ) المراد بالعقار هنا غير المنقول ، فدخل الكرم والرحا والبئر والعلو وإن لم يكن طريقه فى السفل ، وخرج البناء والأشجار فلا شفعة فيهما إلا بتبعية العقار وإن بيع بحق القرار در منتقى ، ويشترط كونه مملوكا كما علم مما قدمه ويأتى فخرج الوقف ، وكذا الأراضى السلطانية لا العشرية والخراجية ، إذ لاينافى ذلك الملك كما سنذكره قبيل الباب الآتى ، وكون العقد معاوضة ، وزوال ملك البائع عن المبيع فلا شفعة فى بيع بخيار ، وزوال حق البائع فلا شفعة فى شراء فاسد ، وملك الشفيع لما يشفع به وقت الشراء ، وعدم الرضا من الشفيع بالبيع ولو دلالة كما يعلم ذلك كله مما يأتى (قوله وإن لم يكن طريقه فى السفل) أى طريق العلو المبيع :

قال فى الذخيرة : فإن كان طريقه فى السفل فالشفعة بسبب الشركة فى الطريق ، وإن فى السكة العظمى فبسبب الجوار ، وإن لم يأخذ صاحب العلو السفل بها حتى انهدم العلو فعلى قول أبى يوسف بطلت لأن الجوار بالاتصال وقد زال ، كما لو باع التى يشفع بها قبل الأخذ : وعلى قول محمد تجب لأنها ليست بسبب البناء بل بالقرار وحق القرار باق ، وإن كانت ثلاثة أبيات بعضها فوق بعض وباب كل إلى السكة فبيع الأوسط تثبت للأعلى والأسفل وإن بيع الأسفل أو الأعلى فالأوسط أولى اه ملخصا (قوله بما له من حق القرار) لأن حق التعلى يبقى على الدوام وهو غير منقول فتستحق به الشفعة كالعقار زيلعى ، وظاهره ترجيح قول محمد المار (قوله إذا بيع مع حق القرار) كالبناء فى الأرض السلطانية أو أرض الوقف المحتكرة (قوله فرده شيخنا الخ) اقتصر فى الرد على

تبعا للبزازية وغيرها فليحفظ :

(وركنها أخذ الشفيع من أحد المتعاقدين) عند وجود سببها وشرطها :

(وحكمها جواز الطلب عند تحقق السبب)

الاستناد إلى النقل ، وكان ينبغي إبداء الفرق بينه وبين مسألة العلو للإيضاح ، ولعله أن البناء فيما ذكر ليس له حق البقاء على الدوام بل هو على شرف الزوال ، لما قالوا : إن الأرض المحتكرة إذا امتنع المحتكر من دفع أجرة المثل يؤمر برفع بنائه وتؤجر لغيره ، وكذا يقال فى السلطانية إذا امتنع من دفع ما عينه السلطان ، بخلاف حق التعلى فإنه يبقى على الدوام كما مر. وبه اندفع ما ذكره ح من أن تعليلهم إلحاق العلو بالعقار بأن له حق القرار يؤيد ابن الكمال اه فتأمل (قوله تبعا للبزازية وغيرها) ففى البزازية : ولا شفعة فى الكردار : أى البناء ويسمى بخوارزم حق القرار لأنه نقلى كالأراضى السلطانية التى حازها السلطان لبيت المال ويدفعها مزارعة إلى الناس بالنصف فصار لهم فيها كردار كالبناء والأشجار والكبس بالتراب فبيعها باطل ، وبيع الكردار إذا كان معلوما يجوز لكن لاشفعة فيه اه ملخصا ، ونحوه فى النهاية والذخيرة :

وفى التاترخانية عن السراجية : رجل له دار فى أرض الوقف فلا شفعة له ، ولو باع هو عمارته فلا شفعة لجاره اه :

مطلب فى الكلام على الشفعة فى البناء نحو الأرض المحتكرة

هذا وقد انتصر أبوالسعود فى حاشية مسكين لابن الكمال وجزم بخطأ من أفتى بأنه لاشفعة فى البناء فى الأرض المحتكرة كالطورى إذ لا سند له فى فتواه ؛ ثم استدل بما فى شرح المجمع الملكى لو بيع النخل وحده أو البناء وحده فلا شفعة لأنهما لا قرار لهما بدون العرصة : قال : فتعليله كالصريح فى ثبوت الشفعة فى البناء فى المحتكرة لما له من حق القرار اه : واستدل قبل هذا أيضا بما هو دليل عليه لا له كما تعرفه : وأما مافى شرح المجمع فلادليل فيه أيضا لأن التعليل المذكور لبيان الفرق بين بيع البناء أو النخل وحده وبين بيعه مع محله القائم فيه فإنه تثبت فيه الشفعة لوجود حق القرار على الدوام ، بخلاف بيع البناء أو الشجر وحده ولو فى الأرض المحتكرة كما علمته مما قررناه سابقا . ويمكن أن يكون مراد ابن الكمال بحق القرار المحل القائم فيه فلايكون فيه مخالفة لغيره ، وقوله إذ لاسند له فى فتواه عجيب بعد ما قدمناه من النقول ، ومما يدل عليه قطعا ما فى الجامع الصغير أن بيع أرض مكة لايجوز وإنما يجوز بيع البناء فلا تجب الشفعة. وروى الحسن عن أبى حنيفة أنها تجب وهو قولهما وعليه الفتوى لأنه باع المملوك اه :

قال فى شرح الوهبانية : ولا يخفى أن مفاد هذا الكلام أن الشفعة فيها إنما تثبت بناء على القول بأن أرضها مملوكة لا أن مجرد البناء فيها يوجب الشفعة فيكون حكمه مخالفا لحكم غيره من الأبنية كما توهمه عبارة ابن وهبان اه أى فإن عبارته توهم أن ثبوت الشفعة فيها لمجرد البناء فتجب ، ولو قيل إن أرضها غير مملوكة فيخالف حكم غيره من الأبنية وليس كذلك ، بل ثبوتها خاص بالقول بملكية أرضها ليكون البناء تابعا للأرض فلا يكون من بيع المنقول :

والعجب من أبى السعود حيث استدل بهذا الكلام وجعله صريحا فيما ادعاه مع أنه صريح بخلافه كما لا يخفى ، فإنه على القول بأن أرضها غير مملوكة فالبناء فيها له حق القرار على الدوام ومع هذا لا شفعة فيه فكيف البناء فى الأرض المحتكرة ، لايقال : يلزم من هذا عدم ثبوتها فى العلو لأنا نقول : البناء من المنقول بخلاف العلو

ولو بعد سنين (وصفتها أن الأخذ بها بمنزلة شراء مبتدإ) فيثبت بها مايثبت بالشراء كالرد بخيار رؤية وعيب (تجب) له لا عليه (بعد البيع) ولو فاسدا انقطع فيه حق المالك كما يأتى، أو بخيار للمشترى (وتستقر بالإشهاد) فى مجلسه أى طلب المواثبة فلا تبطل بعده (ويملك بالأخذ بالتراضى أو بقضاء القاضى) عطف على الأخذ لثبوت ملك الشفيع بمجرد الحكم قبل الأخذ كما حرره منلا خسرو (بقدر رؤوس الشفعاء لا الملك) خلافا للشافعى (للخليط) متعلق بتجب (فى نفس المبيع ؛ ثم) إن لم يكن أو سلم

كما مر ، وأشار إليه الزيلعى فيما يأتى ، فاغتنم هذه الفوائد الفرائد (قوله ولو بعد سنين) مرتبط بقوله جواز الطلب : أى إذا لم يعلم بها ط (قوله لا عليه) أى لا يجب عليه الطلب بها ، فالمراد بالوجوب الثبوت كما قال الإتقانى (قوله بعد البيع) لم يقل بالبيع لأنه شرط ابن كمال (قوله ولو فاسدا انقطع فيه حق المالك) بالهبة أو البناء أو الغرس (قوله كما يأتى) أول الباب الثانى (قوله أو بخيار للمشترى) متعلق بمحذوف منصوب على الحالية عطفا على قوله ولو فاسدا المقرون بالواو الحالية لا على مدخول لو لفساد المعنى ، لأنه لو كان الخيار للبائع أولهما فلا شفعة اتفاقا ، لأن المبيع لم يخرج عن ملك بائعه ، بخلاف ما إذا كان للمشترى ، وسيأتى تمام الكلام على ذلك فى الباب الثانى .

وفى القهستانى عن قاضيخان : لا شفعة فى بيع الوفاء لأن حق المالك لاينقطع رأسا (قوله وتستقر بالإشهاد) أى بالطلب الثانى وهو طلب التقرير . والمعنى أنه إذا أشهد عليها لا تبطل بعد ذلك بالسكوت إلا أن يسقطها بلسانه أو يعجز عن إيفاء الثمن فيبطل القاضى شفعته ، ولابد من طلب المواثبة لأنها حق ضعيف يبطل بالإعراض فلابد من الطلب والإشهاد جوهرة (قوله فى مجلسه أى طلب المواثبة) هو أن يطلب كما سمع وهذا هو الطلب الأول من الثلاثة الآتية ، وفيه مخالفة لما قدمناه عن الجوهرة ولقوله فلا تبطل بعده لأن تأخير طلب التقرير مبطل لها أيضا كما يأتى ، وهو متابع لابن الكمال حيث قال أراد بالإشهاد طلب المواثبة ، لأن حق الشفعة قبله متزلزل بحيث لو أخر تبطل ، وإذا لم يؤخر استقر أى لا تبطل بعد ذلك اهـ .

ويمكن أن يجاب عن عبارة الشارح بأن يقال : المراد بالإشهاد هو الطلب الثانى إذا كان فى مجلس طلب المواثبة لما سيأتى أنه حينئذ يقوم مقام الطلبين ، لكن يبعده الضمير فى مجلسه ، فإنه لو رجع إلى طلب المواثبة لزم عوده على غير مذكور ، والظاهر أنه راجع إلى الإشهاد ، وقد فسره بقوله أى طلب المواثبة ، فينافى حمله على الطلب الثانى . والعبارة الصحيحة أن يقال : ولو فى مجلس طلب المواثبة بزيادة لو وإسقاط الضمير وأداة التفسير ، ويكون المراد بالإشهاد الطلب الثانى كما قلنا فتدبر (قوله فلا تبطل بعده) أى بتأخير الطلب الثالث ، وهو طلب التملك إما مطلقا أو إلى شهر كما يأتى (قوله ويملك) بالياء المثناة التحتية . قال فى الدرر : أى العقار ومافى حكمه اهـ ونحوه فى المنح : والذى رأيناه فى النسخ تملك بالتاء الفوقية ، وعليه فالضمير يعود إلى البقعة المذكورة أولا (قوله بالأخذ الخ) لأن ملك المشترى تم فلا ينتقل عنه إلا بأحدهما كالرجوع فى الهبة ، فلو مات أو باع المستحق بها أو بيعت دار بجنبها قبل الأخذ أو الحكم بطلت ، ولو أكل المشترى ثمرا حدث بعد قبضه لم يضمنه ، وتمامه فى الجوهرة (قوله عطف على الأخذ) فلو قدمه عليه كما فى الغرر لسلم من الإيهام ط (قوله كما حرره منلا خسرو) أى تبعا لغيره من الشراح (قوله بقدر رؤوس الشفعاء) لاستوائهم فى استحقاق الكل لوجود علته فيجب الاستواء فى الحكم ، وشمل ما لو كان المشترى أحدهم وطلب معهم فيحسب واحدا منهم ويقسم المبيع بينهم كما فى الوهبانية وشروحها ، وسيأتى فى الباب الثانى (قوله إن لم يكن) أى لم يوجد خليط فى نفس المبيع مستحق،

(له فى حق المبيع) وهو الذى قاسم وبقيت له شركة فى حق العقار (كالشرب والطريق خاصين) ثم فسر ذلك بقوله (كشرب نهر) صغير (لاتجرى فيه السفن وطريق لاينفذ) فلو عامين لاشفعة بهما .

بيانه شرب نهر مشترك بين قوم تسقى أراضيهم منه بيعت أرض منها فلكل أهل للشرب الشفعة ، فلو النهر

بأن لم يوجد أصلا ، أوكان غائبا ، أوكان حاضرا وسقطت شفعته بمسقط غير التسليم (قوله له) متعلق بتجب ولم يعده الشارح لظهوره بعد ما نبه عليه فيما قبله ، وقوله فى حق المبيع متعلق بالضمير المجرور لعودة على الخليط وهو جائز عند بعضهم كقول الشاعر : * وما هو عنها بالحديث المترجم * أى وما الحديث عنها ، والأولى إظهاره وإضمار ما بعده بأن يقول ثم للخليط فى حقه ،ولذا قال ابن الكمال : من قال ثم له فى حق المبيع أضمر فيما حقه الإظهار وأظهر فيما يكفى فيه الإضمار (قوله وهو الذى قاسم الخ) كذا فى العينى : قال المرحوم الشيخ شاهين : فيه نظر لأن الخليط فى حق المبيع أعم ممن قاسم أولا بأن كان خليطا فى حق المبيع من غير قسمة ويمكن أن يجاب بأنه غير احترازى ، فالمتن على إطلاقه اه .

وأقول : بل هو احترازى لأنه قبل القسمة يستحقها من حيث كونه شريكا فى نفس المبيع لا فى حقه ، إذ الشريك فى المبيع مقدم على الخليط فى حقه أبوالسعود (قوله كالشرب والطريق الخ) الشرب بكسر الشين : النصيب من الماء ، وعطف القهستانى الطريق بثم وقال : فلو بيع عقار بلا شرب وطريق وقت البيع ، فلاشفعة فيه من جهة حقوقه ولو شاركه أحد فى الشرب وآخر فى الطريق فصاحب الشرب أولى . قال فى الدر المنتقى : ونقل البرجندى أن الطريق أقوى من المسيل فراجعه اه (قوله لا تجرى فيه السفن) قيل أراد به أصغر السفن ، وعامة المشايخ على أن الشركاء على النهر إن كانوا يحصون فصغير وإلا فكبير . ثم اختلفوا ، فقيل مالا يحصى خمسمائة ، وقيل أربعون، وقيل الأصح تفويضه إلى رأى كل مجتهد فى زمانه اه كفاية ملخصا . قال العينى : وهو الأشبه . وفى الدر المنتقى عن المحيط : وهو الأصح . وفيه عن النتف : فلو باع حصته بشربها فالشفعة للخليط ثم لأهل الجدول ثم لأهل الساقية ثم لأهل النهر العظيم اه .

أقول : أصل مياه دمشق من بردى ، ويتشعب منه أنهار كقنوات بانياس وتورا ، ويتشعب منها لشرب البيوت طوالع ، وكل طالع قد يتشعب منه طوالع وهكذا ، ومقتضى مافى النتف أن يعتبر أخص طالع ثم مافوقه وهكذا إلى أن ينتهى إلى النهر العظيم وهو بردى الذى يسقى دمشق وقراها ، ومسافة ذلك أكثر من ثمان ساعات فلكية وعليه فلو بيعت أرض شربها من أصل بردى ولا شركة فيها لنفسها فلجميع أهل تلك المسافة حق أخذها بالشفعة وفيه توسيع للدائرة جدا ، فلا جرم كان الأصح الأشبه تفويضه لرأى المجتهد فى كل زمان . والظاهر أن المراد بالمجتهد الحاكم ذو الرأى المصيب للعلم بانقطاع المجتهد المصطلح عليه ، نعم على مانذكره قريبا عن الهداية لايلزم المحذور ، والله تعالى أعلم (قوله وطريق لاينفذ) فكل أهلها شفعاء ولو مقابلا ، والمراد بعدم النفاذ أن يكون بحيث يمنع أهله من أن يستطرقه غيرهم كما فى الدر المنتقى ، فلو فيه مسجد فنافذ حكما إذا كان مسجد خطة لامحدثا وتمامه فى البزازية ، فإن كانت سكة غير نافذة يتشعب منها أخرى غير نافذة مستطيلة لاشفعة لأهل الأولى فى دار من هذه بخلاف عكسه ، ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر أصغر منه فهو على قياس الطريق فلا شفعة لأهل النهر الصغير فى أرض متصلة بالأصغر كما فى الهداية وشروحها ، وخرج بالمستطيلة المستديرة ومر بيان ذلك وتوجيهه فى متفرقات القضاء (قوله شرب نهر) أى صغير (قوله فلكل أهل الشرب) أى من ذلك النهر الخاص ومثله

عاما والمسألة بحالها فالشفعة للجار الملاصق فقط (ثم لجار ملاصق) ولو ذميا أو مأذونا أو مكاتبا (بابه فى سكة أخرى) وظهر داره لظهرها ، فلو بابه فى تلك السكة فهو خليط كما مر (وواضع جذع على حائط وشريك فى خشبة عليه جار) ولو فى نفس الجدار فشريك ملتقى :

قلت : لكن قال المصنف : ولو كان بعض الجيران شريكا فى الجدار لايتقدم على غيره من الجيران لأن الشركة فى البناء لمجرد دون الأرض لايستحق بها الشفعة . وفى شرح المجمع : وكذا للجار المقابل فى السكة الغير النافذة الشفعة بخلاف النافذة :

(أسقط بعضهم حقه) من الشفعة (بعد القضاء) فلو قبله فلمن بقى أخذ الكل

الطريق الخاص ، فكل أهله شفعاء ولو مقابلا كما قدمناه ، فالذى فى أوله كالذى فى آخره إتقانى (قوله ثم لجار ملاصق) ولو متعددا ، والملاصق من جانب واحد ولو بشبر كالملاصق من ثلاثة جوانب فهما سواء إتقانى : وفى القهستانى : الملاصق المتصل بالمبيع ولو حكما كما إذا بيع بيت من دار فإن الملاصق له ولأقصى الدار فى الشفعة سواء اه (قوله بابه فى سكة أخرى) نافذة أولا در منتقى (قوله وظهر داره لظهرها) أى لظهر الدار المشفوعة وعبارة الهداية وغيرها على ظهرها ، وهذا القيد غير لازم ، وما ذكره الإتقانى وغيره أنه للاحتراز عن المحاذى معناه ولو بينهما طريق نافذ، لما فى الجوهرة : ثم الجار هو الملاصق الذى إلى ظهر المشفوعة وبابه من سكة أخرى دون المحاذى وبينهما طريق نافذ فلا شفعة له وإن قربت الأبواب ، لأن الطريق الفارقة تزيل الضرر اه أبو السعود ملخصا أقول : إذ لو كان محاذيا والطريق غير نافذ فهو خليط لا جار كما مر ويأتى (قوله فلو بابه فى تلك السكة) أى وهى غير نافذة كما سبق ط (قوله كما مر) من قوله وطريق لاينفذ :

[تنبيه] بينهما منزل فى دار لقوم باع أحدهما نصيبه منه فشريكه فيه أحق ، ثم الشركاء فى الدار لأنهم أقرب ثم فى السكة ثم للجار الملاصق نهاية وغيرها : قال أبو السعود : لأنها لدفع الضرر الدائم ، فكلما كان أخص اتصالا كان أخص بالضرر فكان أحق بها إلا إذا سلم اه.

واعلم أن كل موضع سلم الشريك الشفعة فإنما تثبت للجار إن طلبها حين سمع البيع وإن لم يكن له حق الأخذ فى الحال : أما إذا لم يطلب حتى سلم الشريك فلا شفعة له شرح المجمع ، ومثله فى النهاية وغيرها (قوله وواضع جذع على حائط) أى حائط لاملك له فيه وإلا فهو المسألة الآتية (قوله ولو فى نفس الجدار فشريك) أى ولو كان شريكا فى نفس الجدار فهو شريك فى المبيع : أى فى بعضه (قوله قلت لكن الخ) وفق الشارح فى الدر المنتقى بحمل مافى الملتقى على ما إذا كان البناء والمكان الذى عليه البناء مشتركا اه ح :

أقول : وهو المصرح به فى الكفاية عن المغنى حيث قال : الجار المؤخر عن الشريك فى الطريق أن لايكون شريكا فى أرض الحائط المشترك ، أما إذا كان شريكا فيقدم الخ (قوله لايستحق بها الشفعة) أى شفعة الشريك لامطلقا لأنه جار ملاصق ، أو المعنى لايستحق الشفعة وحده دون بقية الجيران تأمل (قوله وكذا للجار المقابل الخ) دفع به مايتوهم من قوله وظهر داره لظهرها أنه قيد ط . وفيه أنه لاملاصقة هنا . وأيضا فإن مامر فيما إذا كان بابه فى سكة أخرى وفيما نحن فيه السكة واحدة فيما يظهر ، ولذا وجهه أبو السعود بأن استحقاقها فيه للشركة فى حق المبيع فلا تعتبر الملاصقة فالظاهر أنه تعميم لقوله وطريق لاينفذ أفاد به أنه يشمل المقابل وبهذه الإفادة لايقال إنه مكرر فافهم ، نعم كان ينبغى ذكره هناك (قوله بخلاف النافذة) قدمنا وجهه عن الجوهرة (قوله أسقط بعضهم حقه الخ) قد مر أن الشفيع يثبت له الملك بمجرد الحكم قبل الأخذ ، وسيذكر المصنف آخر الباب الآتى أنه ليس له تركها بعد القضاء ، فإن حمل الإسقاط هنا على أنه تمليك للبائع أو المشترى فلم لايكون لمن بقى أخذها به فليتأمل

لزوال المزاحمة (ليس لمن بقي أخذ نصيب التارك) لأنه بالقضاء قطع حق كل واحدمنهم فى نصيب الآخر زيلعى (ولو كان بعضهم غائبا يقضى بالشفعة بين الحاضرين فى الجميع) لاحتمال عدم طلبه فلا يؤخر بالشك (وكذا لو كان الشريك غائبا فطلب الحاضر يقضى له بالشفعة) كلها (ثم إذا حضر وطلب قضى له بها) فلو مثل الأول قضى له بنصفه ، ولو فوقه فبكله ، ولو دونه منعه خلاصة .

(أسقط) الشفيع قبل (الشفعة الشراء لم يصح) لفقد شرطه وهو البيع .

(أراد الشفيع أخذ البعض وترك الباقى لم يملك ذلك جبرا على المشترى) لضرر تفريق الصفقة (ولو جعل بعض الشفعاء نصيبه لبعض لم يصح وسقط حقه به) لإعراضه ويقسم بين البقية ، بل لو طلب أحد الشريكين النصف بناء أنه يستحقه فقط بطلت شفعته إذ شرط صحتها أن يطلب الكل كما بسطه الزيلعى فليحفظ .

(وصح بيع دور مكة فتجب الشفعة فيها) وعليه الفتوى أشباه .

قلت : ومفاده صحة إجارتها بالأولى ، وقد قدمناه فليحفظ ، لكنه يكره وسنحققه فى الحظر وفيها

ثم رأيت ط نقل عن العلامة المكى أن عدم أخذ الباقين نصيب التارك لعدم صحة الترك لتقرر ملكه بالقضاء لا لإنقطاع حقهم به مع صحة الترك منه اه وبه يزول الإشكال (قوله لزوال المزاحمة) أى مزاحمة المشارك لهم فى الاستحقاق وزوالها بتركه قبل تقرر ملكه وفى النهاية إذا سلم أحدهما لم يكن للآخر إلا أن يأخذها كلها أو يدعها لأن مزاحمة من سلم قد زالت فكأنه لم يكن (قوله فى الجميع) أى جميع المبيع (قوله وكذا لو كان الشريك غائبا الخ) يغنى عنه ماقبله تأمل (قوله ثم إذا حضر وطلب) أى الغائب فى الصورتين (قوله قضى له بها) قال فى الهداية : وإن قضى لحاضر بالجميع ثم حضر آخر يقضى له بالنصف ، ولو حضر ثالث فبثلث مافى يد كل واحد تحقيقا للتسوية (قوله فلو مثل الأول) أى لو كان الذى حضر مثل الأول كشريكين أو جارين (قوله ولو فوقه) كأن يكون الأول جارا والثانى شريكا فيقضى له بالكل ويبطل شفعة الأول (قوله ولو دونه) كعكس ماقلنا (قوله لفقد شرطه وهو البيع) أى وإن وجد السبب وهو اتصال ملك الشفيع بالمشرى لأنه لايكون سببا إلا عند وجود الشرط كما فى الطلاق المعلق منح ملخصا (قوله لم يملك ذلك) فيه إشارة إلى أن شفعته لم تبطل بذلك وفى المجمع ولا يجعل يعنى أبو يوسف قوله أخذ نصفها تسليما ، وخالفه محمد . قال شارحه : وفى المحيط الأصح قول محمد اه . ومثله فى غرر الأفكار وشرحه . وفي الخانية قال للمشترى : سلم لى نصفها فأبى المشترى لاتبطل شفعته فى الصحيح لأن طلب تسليم النصف لايكون تسليما اه يعنى إسقاطا للباقى (قوله ولو جعل الخ) أى قبل القضاء أما بعده فلا يسقط حقه كما يعلم مما مر (قوله بناء أنه) أى على أنه (قوله إذ شرط صحتها أن يطلب الكل) لأنه يستحق الكل والقسمة للمزاحمة ، وكذا لو كانا حاضرين فطلب كل منهما النصف بطلت ، ولو طلب أحدهما الكل والآخر النصف بطل حق من طلب النصف ، وللآخر أن يأخذ الكل أو يترك وليس له أن يأخذ النصف زيلعى .

أقول : والظاهر أن المراد بالطلب هنا طلب المواثبة والإشهاد ، وما قدمناه آنفا عن المجمع محمول على ما إذا طلب أخذ النصف بعدهما فلا منافاة فتأمل ، وسيأتى بعيد الحيل مايؤيده فتأمل (قوله فتجب الشفعة فيها) أفاد أن وجوبها فرع عن جواز بيع أرضها على قولهما المفتى به ، وإلا فمجرد البناء لايوجب الشفعة ، وقدمنا بيانه (قوله وسنحققه فى الحظر) نقل فيه عن إجارة الوهبانية والتاترخانية : قال أبو حنيفة : أكره إجارة بيوت مكة أيام الموسم ، وكان يفتى لهم أن ينزلوا عليهم فى بيوتهم ، لقوله تعالى — سواء العاكف فيه والباد — ورخص فيها فى غير الموسم .

(ويصح الطلب من وكيل الشراء إن لم يسلم إلى موكله ، وإن سلم لا) وبطلت هو المختار (ولا شفعة فى الوقف) ولا له لوازل (ولا بجواره) شرح مجمع وخانية خلافا للخلاصة والبزازية ، ولعل لاساقطة :

قال المصنف : قلت وحمل شيخنا الرملى الأول على الأخذ به ، والثانى على أخذه بنفسه إذا بيع : فى الفيض : حق الشفعة ينبنى على صحة البيع اه ، فمفاده أن مالا يملك من الوقف بحال لاشفعة فيه ، وما يملك بحال ففيه الشفعة وأما إذا بيع بجواره أو كان بعض المبيع ملكا وبعضه وقفا وبيع الملك فلا شفعة للوقف ، والله أعلم :

قلت : وبه يظهر الفرق والتوفيق : أى الفرق بين أيام الموسم وغيرها والتوفيق بين من عبر بكراهة الإجارة وبين من نفاها ط (قوله ويصح الطلب الخ) قال فى الولوالجية : الوكيل بشراء الدار إذا اشترى وقبض فطلب الشفيع الشفعة منه إن لم يسلم الوكيل الدار إلى الموكل صح ، وإن سلم لايصح الطلب وتبطل شفعته هو المختار اه ومثله فى التتارخانية والقنية ، ولعل وجه البطلان أن الوكيل بعد التسليم لم يبق خصما وإنما الخصم هو الموكل فصار مؤخرا للطلب بطلبه من غير خصم مع القدرة على الطلب من الخصم تأمل (قوله ولا شفعة فى الوقف) أى إذا بيع : قال فى التجريد : مالا يجوز بيعه من العقار كالأوقاف لاشفعة فى شىء من ذلك عند من يرى جواز بيع الوقف ، ثم قال : لاشفعة فى الوقف ولا بجواره اه نقله الرملى (قوله ولاله) يغنى عنه قول المصنف بعده ولا بجواره ، ولعله ذكره لأنه أعم من الجوار لشموله ما إذا كان خليطا مع الملك المبيع كما صور به الشارح فيما يأتى فليس تكرارا محضا فافهم (قوله شرح مجمع) عبارته مافى المتن (قوله وخانية) عبارتها كما فى المنح : ولا شفعة فى الوقف لاللقيم ولا للموقوف عليه (قوله خلافا للخلاصة والبزازية) حيث قالا : وكذا تثبت الشفعة بجوار دار الوقف اه :

أقول : وفى نسختى البزازية لاتثبت ، نعم رأيت فى نسختى الخلاصة كما قال (قوله ولعل لاساقطة) يؤيده أنه ذكر فى كل من الخلاصة والبزازية قبله بأقل من سطر مالا يجوز بيعه من العقار لاشفعة فيه الخ فالتشبيه(١) يقتضيه فافهم (قوله وحمل شيخنا الرملى) أى فى حاشية المنح :

وحاصله أن الوقف منه مالا يملك بحال فلا شفعة فيه لعدم صحة بيعه ، ولاله : أى لالقيمه ولا للموقوف عليه لعدم المالك : ومنه ماقد يملك ، كما إذا كان غير محكوم به فلا شفعة له لعدم المالك بل فيه الشفعة إذا بيع لجواز البيع : فيحمل الأول وهو مافى النوازل وشرح المجمع من عدم الشفعة فيه أوله على ما إذا كان لا يملك بحال : ومافى الخلاصة والبزازية من ثبوتها بجواره على ما إذا كان قد يملك ، والمراد من ثبوتها بجواره ثبوتها فيه إذا بيع نفسه بسبب جواره : وأما التوفيق بين مافى الخانية من أنه لاشفعة فيه وبين مافى البزازية والخلاصة من ثبوتها بجواره ، فهو بحمل الأول على الأخذ به : أى أخذ دار بيعت فى جواره ، والثانى على أخذه نفسه إذا كان مما قد يملك ، هكذا يفهم من كلام شيخه فى الحاشية ، وبه ظهر أنه اقتصر على التوفيق الثانى فقط ، إذ مافى النوازل وشرح المجمع لايمكن حمله على الأخذ به فقط كما لايخفى ، فاغتنم هذا التحرير (قوله الأول) هو مافى الخانية فقط لما علمته ، فكان ينبغى له عبارتها (قوله والثانى) هو مافى الخلاصة والبزازية (قوله وأما إذا بيع بجواره) الباء زائدة والجوار بمعنى المجاور نائب فاعل ، أو الباء بمعنى فى الظرفية متعلقة بمحذوف صفة لموصوف محذوف : أى بيع عقار كائن فى جواره تأمل ، وقد تبع شيخه فى هذا التعبير (قوله أو كان بعض المبيع ملكا الخ) حاصله أنه لاشفعة له لابجوار ولا بشركة فهو صريح بالقسمين كما أشار إليه الشارح بنقل عبارة النوازل ، ولهنا عليه (قوله فلا شفعة للوقف) إذ لامالك له :

---

(١) (قوله فالتشبيه) أى الواقع فى عبارة الخلاصة والبزازية المنقولة آنفا فى القولة التى قبل هذه اه منه .

باب طلب الشفعة

(ويطلبها الشفيع فى مجلس علمه) من مشتر أو رسوله أو عدل أو عدد (بالبيع) وإن امتد المجلس كالمخيرة هو الأصح درر وعليه المتون ، خلافا لما فى جواهر الفتاوى أنه على الفور وعليه الفتوى

مطلب مهم
كون الأرض عشرية أو خراجية لاينافى الملكية
فتجب فيها الشفعة ما لم تكن سلطانية

[تتمة] قدمنا أنه لاشفعة فى الأراضى السلطانية ، وذكر فى الخيرية أن كون الأرض عشرية أو خراجية لاينافى الملك ، ففى كثير من الكتب : أرض الخراج أو العشر مملوكة يجوز بيعها وإيقافها وتورث ، فتثبت فيها الشفعة بخلاف السلطانية التى تدفع مزارعة لاتباع فلا شفعة فيها ، فلو ادعى واضع اليد أن الأرض ملكه وأنه يؤدى خراجها فالقول له على من نازعه فى الملكية البرهان إن صحت دعواه عليه وإنما ذكرته لكثرة وقوعه فى بلادنا اه ملخصا ، وقدمنا أيضا أنه لاشفعة فى البناء فى الأرض المحتكرة ولالها كالوقف :

مطلب باع دارا بعضها محتكر هل تثبت للجار الشفعة

وسئلت من نائب قاضى دمشق عما إذا بيعت دار فيها قطعة محتكرة فهل للدار الشفعة ؟ فأجبته : بأنى لم أرها صريحا ولكن الظاهر أن له أخذ الدار سوى تلك القطعة وماعليها من البناء بشرط أن لايكون جواره للدار المبيعة بملاصقته لتلك القطعة ، أخذا من قولهم : باع أرضين صفقة ورجل شفيع لواحدة له أخذها فقط ، ومما سيأتى فى الحيل: لو باع عقارا إلا ذرعا فى جانب الشفيع فلا شفعة لعدم الاتصال تأمل ، والله تعالى أعلم :

باب طلب الشفعة

(قوله من مشتر) متعلق بعلمه ح (قوله أو عدل أو عدد) أى لو كان المخبر فضوليا ، والمراد بالعدد عدد الشهادة رجلان أو رجل وامرأتان ، وأفاد عدم اشتراط العدالة فى العدد وكذا فى المشترى لأنه خصم ، ولاتشترط العدالة فى الخصوم ، ومثله رسوله كما فى التاترخانية : وفيها إن كان الفضولى واحدا غير عدل فإن صدقه ثبت الشراء ، وإن كذبه لا وإن ظهر صدق الخبر عند أبى حنيفة اه . قال فى الدرر : وقالا يكفى واحد حرا كان أو عبدا صبيا أو امرأة إذا كان الخبر صدقا (قوله بالبيع) متعلق بعلمه (قوله وإن امتد المجلس) مالم يشتغل بما يدل على الإعراض درر البحار (قوله كالمخيرة) أى كخيار المخيرة وهى التى قال لها زوجها أمرك بيدك (قوله هو الأصح) واختاره الكرخى (قوله وعليه المتون) أى ظاهرها ذلك لأنهم عبروا بالمجلس (قوله خلافا لما فى جواهر الفتاوى الخ) أشار إلى عدم اختياره لمخالفته لظاهر المتون ، لكن هذا القول مناسب لتسميته طلب المواثبة ولظاهر الحديث الآتى ، وظاهر الهداية اختياره ونسبه إلى عامة المشايخ قال فى الشرنبلالية وهو ظاهر الرواية ، حتى لو سكت هنية بغير عذر ولم يطلب أو تكلم بكلام لغو بطلت شفعته كما فى الخانية والزيلعى وشرح المجمع اه ، وقوله وعليه الفتوى من كلام الجوهرى وهذا ترجيح صريح مع كونه ظاهر الرواية فيقدم على ترجيح المتون بمشيهم على خلافه لأنه ضمنى :

[فروع] أخبر بكتاب والشفعة فى أوله أو وسطه وقرأه إلى آخره بطلت هداية : سمع وقت الخطبة فطلب بعد الصلاة إن بحيث يسمع الخطبة لاتبطل وإلا ففيه اختلاف المشايخ ، ولو أخبر فى التطوع فجعله أربعا أوستا

(بلفظ يفهم طلبها كطلبت الشفعة ونحوه) كأنا طالبها أو أطلبها (وهو) يسمى (طلب المواثبة) أى المبادرة، والإشهاد فيه ليس بلازم بل لمخافة الجحود (ثم) يشهد (على البائع لو) العقار (فى يده أو على المشترى وإن) لم يكن ذا يد لأنه مالك أو عند العقار (فيقول اشترى فلان هذه الدار وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا عليه، وهو طلب إشهاد) ويسمى طلب التقرير (وهذا) الطلب لابد منه،

فالمختار أنها تبطل لا إن أتم ما بعد الظهر أربعا فى الصحيح، ولوسنا تبطل ولا تبطل إن أتم القبلية أربعا، وسلامه على غير المشترى يبطلها ولو عليه لا كما لو سبح أو حمدل أو حوقل أو شمت عاطسا تاترخانية: أى على رواية اعتبار المجلس كفاية وشرنبلالية.

مطلب لو سكت لا تبطل ما لم يعلم المشترى والثمن

وفى الخانية: أخبر بها فسكت، قالوا لا تبطل مالم يعلم المشترى والثمن، كالبكر إذا استؤمرت ثم علمت أن الأب زوجها من فلان صح ردها اه.

أقول: وبه أفتى المصنف التمرتاشى فى فتاواه فليحفظ (قوله بلفظ يفهم طلبها) متعلق بقوله يطلبها، والمراد أى لفظ كان، حتى حكى ابن الفضل: لو قال القروى شفعة شفعه كفى تاترخانية (قوله طلب المواثبة) سمى به تبركا بلفظه صلى الله عليه وسلم «الشفعة لمن واثبها» أى طلبها على وجه السرعة إتقانى (قوله أى المبادرة) مفاعلة من الوثوب على الإستعارة، لأن من يثب: هو من يسرع فى طى الأرض بمشيه إتقانى (قوله والإشهاد فيه ليس بلازم) كذا فى الهداية وغيرها، لأن طلب المواثبة ليس لإثبات الحق بل ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة نهاية ومعراج (قوله بل لمخافة الجحود) أى جحود المشترى الطلب، كما قالوا: إذا وهب الأب لطفله وأشهد على ذلك، وما ذكروا الإشهاد لكونه شرطا لصحة الهبة بل لإثباتها عند إنكار الأب معراج. قال السائحانى: وظاهره أنه لا يصدق بيمينه مع أنه يصدق إذا قال طلبت حين علمت، نعم لو قال علمت أمس وطلبت كلف إقامة البينة كما فى الدرر اه.

هذا وظاهر كلام الدرر أن الإشهاد فيه لا يلزم فيما إذا كان فى مكان خال من الشهود لأنه صرح بأن مما يبطلها ترك الإشهاد عليه مع القدرة لأنه دليل الإعراض لكن قال الشرنبلالى: إنه سهو، لأن الشرط الطلب فقط دون الإشهاد عليه اه ويأتى تمام الكلام فيه فى الباب الآتى. وفى القهستانى: يجب الطلب وإن لم يكن عنده أحد لئلا تسقط الشفعة ديانة وليتمكن من الحلف عند الحاجة كما فى النهاية، ولا يشترط الإشهاد فيصح بدونه لو صدقه المشترى كما فى الاختيار وغيره اه، فهذا دليل على أنه غير شرط مطلقا وكذا يدل عليه تصديقه بيمينه فيما مر فتدبر (قوله ثم يشهد الخ) أتى بثم إشارة إلى أن مدة هذا الطلب ليست على فور المجلس فى الأكثر بل مقدرة بمدة التمكن من الإشهاد كما فى النهاية وغيرها قهستانى (قوله لو العقار فى يده) وإلا فلا يصح الإشهاد على ماذكره القدورى وعصام والناطفى، واختاره الصدر الشهيد وذكر شيخ الإسلام وغيره أنه يصح استحسانا كما فى المحيط قهستانى (قوله وإن لم يكن ذا يد الخ) رد على المصنف فى المنح لمخالفته لما فى الجوهرة والدرر والنهاية والخانية وغيرها (قوله أو عند العقار) لتعلق الحق به اختيار (قوله وهو طلب إشهاد) أقول: ظاهر عباراتهم لزوم الإشهاد فيه لكن رأيت فى الخانية: إنما سمى الثانى طلب الإشهاد لا لأن الإشهاد شرط بل لتمكنه إثبات الطلب عند جحود

حتى لو تمكن ولو بكتاب أو رسول ولم يشهد بطلت شفعته (وإن لم يتمكن) منه (لا) تبطل ولو أشهد فى طلب المواثبة عند أحد هؤلاء كفاه وقام مقام الطلبين ثم بعد هذين الطلبين يطلب عند قاض فيقول اشترى (فلان دار كذا وأنا شفيعها بدار كذا لى) لو قال بسبب كذا كما فى الملتقى لشمل الشريك فى نفس المبيع (فمره يسلم) الدار (إلى) هذا لو قبضها المشترى وطلب الخصومة لايتوقف عليه (وهو) يسمى (طلب تمليك وخصومة وبتأخيره مطلقا) بعذر وبغيره شهرا أو أكثر (لاتبطل الشفعة) حتى يسقطها بلسانه (به يفتى) وهو ظاهر المذهب، وقيل يفتى بقول محمد إن أخره شهرا بلا عذر بطلت كذا فى الملتقى، يعنى دفعا للضرر. قلنا: دفعه برفعه للقاضى ليأمره بالأخذ أو الترك.

الخصم اه تأمل (قوله حتى لو تمكن الخ) أشار إلى أن مدته مقدرة بالتمكن منه كما مر، فلو افتتح التطوع بعد طلب المواثبة قبل طلب الإشهاد بطلت خانية.

مطلب طلب عند القاضى قبل طلب الإشهاد بطلت

وأفتى فى الخيرية بسقوطها إذا طلب عند القاضى قبل طلب الإشهاد فليحفظ. وفى الخانية: إن كان المتبايعان والشفيع والدار فى مصر والدار فى يد البائع فإلى أيهم ذهب الشفيع وطلب صح، ولا يعتبر فيه الأقرب والأبعد لأن المصر مع تباعد الأطراف كمكان واحد إلا أن يجتاز على الأقرب ولم يطلب فتبطل، وإن كان الشفيع وحده فى مصر آخر فإلى أيهم ذهب صح، وإن أحد المتبايعين فى مصر الشفيع فطلب من الأبعد بطلت اه ملخصا (قوله لى) أى مملوكة لى حال من دار (قوله لشمل الشريك فى نفس المبيع) لأن قوله بدار كذا يفيد أنها غير الدار المشفوعة فيكون جارا أو شريكا فى الحقوق فقط، بخلاف قوله بسبب كذا فإنه يشمل الثلاثة فافهم (قوله هذا) أى قول الشفيع للقاضى مره أى مر المشترى مفروض فيما لو قبضها المشترى يعنى أو وكيله (قوله وطلب الخصومة لايتوقف عليه) أى على قبض المشترى، إذ لو كانت فى يد البائع يصح الطلب أيضا ويأمره بتسليمها للشفيع، وإنما يتوقف على حضرة المشترى وحده مطلقا أو مع البائع لو قبل التسليم كما يذكره قريبا.

وحاصل كلامه أن كون الأمر متوجها للمشترى ليس بقيد، لأن قبضه غير شرط لصحة الطلب فافهم (قوله به يفتى) كذا فى الهداية والكافى درر. قال فى العزمية: وقد رأيت فتوى المولى أبى السعود على هذا القول (قوله وقيل يفتى بقول محمد) قائله شيخ الإسلام وقاضيخان فى فتاواه وشرحه على الجامع، ومشى عليه فى الوقاية والنقاية والذخيرة والمغنى.

وفى الشرنبلالية عن البرهان أنه أصح ما يفتى به. قال: يعنى أنه أصح من تصحيح الهداية والكافى، وتمامه فيها، وعزاه القهستانى إلى المشاهير كالمحيط والخلاصة والمضمرات وغيرها. ثم قال: فقد أشكل ما فى الهداية والكافى (قوله بلا عذر) فلو بعذر كمرض وسفر أو عدم قاض يرى الشفعة بالجوار فى بلده لا تسقط اتفاقا شرح مجمع (قوله يعنى دفعا للضرر) بيان لوجه الفتوى بقول محمد. قال فى شرح المجمع: وفى جامع الخانى: الفتوى اليوم على قول محمد لتغير أحوال الناس فى قصد الإضرار اه، وبه ظهر أن إفتاءهم بخلاف ظاهر الرواية لتغير الزمان فلا يرجح ظاهر الرواية عليه وإن كان مصححا أيضا كما مر فى الغصب فى مسألة صبغ الثوب بالسواد وله نظائر كثيرة، بل قد أفتوا بما خالف رواية أئمتنا الثلاثة كالمسائل المفتى فيها بقول زفر وكمسألة الاستئجار على التعليم ونحوه فافهم (قوله قلنا الخ) أى فى الجواب عن ذلك، وظاهر كلام الشارح أنه يميل إلى ظاهر الرواية كالمصنف، وهو خلاف ظاهر كلامه فى شرحه على الملتقى. والجواب عنه أنه ليس كل أحد يقدر على المرافعة، وقد لا يخطر بباله أن دفع الضرر بذلك خصوصا بعد ما إذا بنى أو غرس فإن الضرر أشد، وقد

(وإذا طلب) الشفيع (سأل القاضى الخصم عن مالكية الشفيع لما يشفع به ، فإن أقرّ بها) أى بمالكية ما يشفع به (أو نكل عن الحلف على العلم أو برهن الشفيع) أنها ملكه (سأله عن الشراء) هل اشتريت أم لا (فإن أقر به أو نكل عن اليمين على الحاصل) فى شفعة الخليط (أو على السبب) فى شفعة الجوار لخلاف الشافعى كما مر فى كتاب الدعوى (أو برهن الشفيع قضى له بها) هذا إذا لم ينكر المشترى طلب الشفيع الشفعة ، فإن أنكر فالقول له بيمينه ابن كمال (وإن لم يحضر الثمن وقت الدعوى وإذا قضى لزمه إحضاره ، وللمشترى حبس الدار ليقبض ثمنه ، فلو قيل للشفيع) أى بعد القضاء ، وأما قبله فتبطل عند محمد لعدم التأكد ذكره الزيلعى

شاهدت غير مرة من جاء يطلبها بعد عدة سنين قصدا للإضرار وطمعا فى غلاء السعر ، فلاجرم كان سد هذا الباب أسلم ، والله أعلم (قوله وإذا طلب الشفيع الخ) ذكر سؤال القاضى الخصم عقب طلب الشفيع ، وليس كذلك بل القاضى يسأل أولا الشفيع عن موضع الدار وحدودها لدعواه فيها حقا فلابد من العلم بها ثم هل قبض المشترى الدار إذ لو لم يقبض لم تصح دعواه عليه ما لم يحضر البائع ، ثم عن سبب شفعته وحدود ما يشفع به فلعل دعواه بسبب غير صالح أو هو محجوب بغيره ، ثم متى علم وكيف صنع ، فلعله طال الزمان أو أعرض ، ثم عن طلب التقرير كيف كان وعند من أشهد : وهل كان أقرب أم لا ؟ فإذا بين ولم يخلّ بشرط تم دعواه وأقبل على الخصم فسأله زيلعى ملخصا (قوله الخصم) وهو المشترى زيلعى ، أى لأن المصنف فرضه كذلك (قوله عن مالكية الشفيع) لأنه بمجرد كونها فى يده لايستحق الشفعة ابن ملك (قوله أو نكل) قدمه هنا وفيما يأتى على قوله أو برهن مع أن المناسب تأخيره عنه ، لأن النكول بعد العجز عن البرهان رعاية للاختصار ، إذ لو أخره احتاج على إبراز الفاعل فافهم (قوله على العلم) بأن يقول بالله ماأعلم أنه مالك لما يشفع به لأنها يمين على فعل الغير ، وهذا قول الثانى ، وعند الثالث على البتات والفتوى على الأول كما فى القهستانى . قال ابن ملك : وهذا إذا قال المشترى ما أعلم ، ولو قال أعلم أنه غير مملوك يحلف على البتات (قوله أو برهن الخ) بأن يقولا إنها ملك هذا الشفيع قبل أن يشترى هذا المشترى هذا العقار وهى له إلى الساعة ولم نعلم أنها خرجت عن ملكه ، فلو قالا إنها لهذا الجار لايكفى كما فى المحيط ، وعن أبى يوسف لاحاجة إلى البرهان قهستانى (قوله سأله عن الشراء) ليثبت كوله خصما عنده ابن ملك (قوله على الحاصل فى شفعة الخليط) لأن ثبوت الشفعة فيه متفق عليه ، فيقول بالله ما استحق الشفيع فى هذا العقار الشفعة من الوجه الذى ذكره قهستانى ، لأن فى الاستحلاف على السبب إضرارا للمدعى عليه لجواز أن يكون قد فسخ العقد ابن ملك (قوله أو على السبب الخ) بأن يقول بالله ما اشتريت هذه الدار ، لأنه لو حلف فيه على الحاصل يصدق فى يمينه فى اعتقاده فيفوت النظر فى حق المدعى (قوله هذا إذا لم ينكر المشترى الخ) ظاهره أنه إذا أنكر طلبه الشفعة وقد كان أنكر الشراء فأقام عليه البرهان به أو عجز عنه فطلب يمينه فنكل أن يكون القول قوله ، ولايعد متناقضا ويحرر ط (قوله فالقول له بيمينه) أى المشترى ، فإن أنكر طلب المواثبة حلف على العلم أو طلب التقرير فعلى البتات لإحاطة العلم به كما فى الكبرى قهستانى ، لكن قدمنا عنه عن النهاية أن طلب المواثبة واجب لئلا تسقط شفعته وليتمكن من الحلف عند الحاجة ، ومفاده أن القول للشفيع بيمينه فى طلب المواثبة إلا أن يحمل ماهنا على ما إذا قال علمت أمس وطلبت أما إذا قال طلبت حين علمت فالقول له بيمينه كما قدمناه عن الدرر فتدبر (قوله وإن لم يحضر الثمن) إن وصلية : أى لم يحضره إلى مجلس القاضى ، لأن الثمن لايجب قبل القضاء. قال فى الهداية : وهذا ظاهر رواية الأصل . وعن محمد لايقضى حتى يحضره وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة ، لأن الشفيع عساه يكون مفلسا (قوله فلو قيل للشفيع الخ) أى

(أد الثمن فأخر لم تبطل) شفعته (والخصم) للشفيع المشترى مطلقا ، و (البائع قبل التسليم) الأول بملكه والثانى بيده ابن كمال (و) لكن (لا تسمع البينة عليه حتى يحضر المشترى) لأنه المالك (ويفسخ بحضوره) ولو سلم للمشترى لايلزم حضور البائع لزوال الملك واليد عنه ابن كمال (ويقضى) القاضى (بالشفعة والعهدة) لضمان الثمن عند الاستحقاق (على البائع قبل تسليم المبيع إلى المشترى ، و) العهدة (على المشترى لو بعده) لما مر (للشفيع خيار الرؤية والعيب وإن شرط المشترى البراءة منه)

قيل له ذلك بعد القضاء بها فأخر : أى قال ليس عندى الثمن أو أحضره غدا أو ما أشبه ذلك لا تبطل شفعته بالإجماع ، وإن قال ذلك قبل القضاء تبطل عند محمد نص عليه الزيلعى رملى (قوله والخصم للشفيع المشترى مطلقا الخ) المراد بالإطلاق قبل التسليم أو بعده وبالتسليم تسليم المبيع للمشترى وبالأول المشترى وبالثانى البائع والباء فى بملكه وبيده للسببية أى أن الأول خصم بسبب ملكه والثانى بسبب كون العقار المبيع بيده ، وفى ذكر الإطلاق هنا نظر يظهر من سوق كلام ابن الكمال ، فإنه قال : والخصم للشفيع البائع والمشترى إن لم يسلم أحدهما بيده والآخر بملكه فلا تسمع البينة على البائع حتى يحضر المشترى ، وإن سلم إلى المشترى لايشترط حضور البائع لزوال الملك واليد عنه اه ملخصا .

وحاصله أن الخصم قبل التسليم هو البائع والمشترى وبعده المشترى وحده ، فقول الشارح الخصم المشترى إن أراد وحده لايصح قوله مطلقا ، وإن أراد مع البائع لايناسب قوله قبل التسليم ، فكان عليه أن لايذكر الإطلاق. وأما كون الخصم بعد التسليم هو المشترى وحده فسينبه عليه بعده فتدبر (قوله ولكن لا تسمع) الاستدراك فى محله بالنظر إلى مجرد المتن ، وأما بالنظر إلى عبارة الشارح حيث زاد أولا المشترى ، فهو مستدرك والمقام مقام التفريع كما قدمناه فى عبارة ابن الكمال تأمل (قوله لأنه المالك) قال الزيلعى : لأن الشفيع مقصوده أن يستحق الملك واليد فيقضى القاضى بهما لأن لأحدهما يدا وللآخر ملكا اه. أى فلذا كان لابد من حضورهما كما فى الهداية ، وفى قوله ويفسخ بحضوره إشارة إلى علة أخرى لحضور المشترى وهى أن يصير مقضيا عليه بالفسخ كما نبه عليه فى الهداية ، لأن القضاء على الغائب لايجوز ملكا أو فسخا كفاية (قوله ويفسخ بحضوره) أى حضور المشترى . وصورة الفسخ أن يقول : فسخت شراء المشترى ولايقول فسخت البيع لئلا يبطل حق الشفعة لأنها بناء على البيع فتتحول الصفقة إلى الشفيع ويصير كأنه المشترى، أفاده صاحب الجوهرة فلم ينفسخ أصله وإنما انفسخت إضافته إلى المشترى ط وهذا فى الحكم على البائع قبل التسليم ، أما بعده فالحكم على المشترى لأن البائع صار أجنبيا كما مر ويكون الأخذ منه شراء من المشترى كما يأتى قريبا تأمل (قوله لزوال الملك واليد عنه) فصار أجنبيا هداية .

[فرع] اشترى دارا بألف وباعها لآخر بألفين ثم حضر الشفيع وأراد أخذها بالبيع الأول. قال أبو يوسف: يأخذها من ذى اليد بألف ويقال اطلب بائعك بألف أخرى. وعندهما يشترط حضرة المشترى الأول ، وإن طلب البيع الثانى لايشترط حضرة الأول اتفاقا تاترخانية (قوله والعهدة) بالجر مع جواز الرفع قهستانى، فقوله على البائع متعلق بيقضى وعلى الرفع خبر (قوله لضمان الثمن الخ) أى ضمان الثمن الذى تقلده الشفيع إذا استحق المبيع (قوله وعلى المشترى لو بعده) فى التاترخانية عن الثانى إذا كان المشترى نقد الثمن ولم يقبض الدار حتى قضى للشفيع بالشفعة فنقد الشفيع الثمن للمشترى فالعهدة عليه وإن للبائع فالعهدة عليه اه طورى (قوله لما مر) من قوله لزوال الملك واليد عنه (قوله للشفيع خيار الرؤية والعيب) لأن الأخذ بالشفعة شراء من المشتري إن كان الأخذ بعد القبض ،

دون خيار الشرط والأجل اختيار :

وفي الأشباه : الشفعة بيع في كل الأحكام إلا في ضمان الغرور للجبر (وإن اختلف الشفيع والمشتري في الثمن) والدار مقبوضة والثمن منقود (صدق المشتري) بيمينه لأنه منكر ولا يتحالفان (وإن برهنا فالشفيع أحق) لأن بينته ملزمة :

(ادعى المشتري ثمنا و) ادعى (بائعه أقل منه بلا قبضه فالقول له) أي للبائع (ومع قبضه للمشتري) ولو عكسا فبعد قبضه القول للمشتري وقبله يتحالفان ، وأي لكل اعتبر قول صاحبه ، وإن حلفا فسخ البيع

وإن كان قبله فشراء من البائع لتحول الصفقة إليه ، فيثبت له الخيار إن فيه كما إذا اشتراه منهما اختيارهما ، ولا يسقط خياره برؤية المشتري ولا بشرط البراءة منه ، لأن المشتري ليس بنائب عن الشفيع فلا يعمل شرطه ورؤيته في حقه زيلعي (قوله دون خيار الشرط والأجل) أي لعدم الشرط كما في القهستاني والأجل عطف على خيار الشرط لا على الشرط اهـ ح ، والمراد الأجل في الثمن (قوله إلا في ضمان الغرور) فلو استحق المبيع بعد ما بنى الشفيع لا يرجع بنقصان قيمة البناء على البائع أو المشتري ، لأنه لم يصر مغرورا لتملكه جبرا والمسألة ستأتي في هذا الباب متنا ، وقول المنح كالأشباه . فلا رجوع للمشتري على الشفيع قاصر ومقلوب فتنبه (قوله في الثمن) أي في جلسه كقول أحدهما هو دنانير والآخر دراهم ، أو قدره كقول المشتري بمائتين والشفيع بمائة أو صفته كاشتريته بثمن معجل وقال الشفيع بل مؤجل درر البحار (قوله والدار مقبوضة والثمن منقود) أي مقبوضة للمشتري والثمن منقود منه للبائع ، وقد راجعت كثيرا فلم أجد من ذكر هذين القيدين سوى بعض شراح الكنز لا أدري اسمه ، ثم رأيته أيضا في هامش نسخة عتيقة من نسخ الكنز معزيا للكافي :

وفي تكملة الطوري ما نصه : وأطلق المؤلف فشمل ما إذا وقع الاختلاف قبل قبض الدار ونقد الثمن أو بعدهما قبل التسليم إلى الشفيع أو بعده ، لكن في التاترخانية : اشترى دارا وقبضها ونقد الثمن ثم اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول للمشتري انتهى ما في التكملة ، وزاد في الذخيرة على ما في التاترخانية ، فالقول للمشتري مع يمينه ، ولا يتحالفان لأن الشفيع مع المشتري بمنزلة البائع مع المشتري إلا أن البائع والمشتري يتحالفان الخ فتأمل . وقال ط . وقد يقال : إن الثمن إن كان غير منقود يرجع إلى البائع فيؤخذ بقوله إن كان أقل مما يدعيه المشتري ويكون حطا كما في المسألة الآتية ، وعلى هذا فالمدار على كون الثمن منقودا فقط اهـ (قوله لأنه منكر) فإن الشفيع يدعي استحقاق الدار عند نقد الأقل وهو ينكره هداية (قوله ولا يتحالفان) لأن المشتري لا يدعي على الشفيع شيئا لأن الشفيع مخير بين الأخذ والترك فلم يتحقق كونه مدعى عليه لأنه الذي إذا ترك الدعوى لا يترك فلم يكن في معنى النص ، وهو إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا لأنه فيما إذا وجد الإنكار والدعوى من الجانبين إتقاني (قوله لأن بينته ملزمة) أي للمشتري ، بخلاف بينة المشتري لأن الشفيع مخير والبينات للإلزام فالأخذ ببينته أولى إتقاني . قال القهستاني : وفيه إشعار بأنه لو اختلف البائع والمشتري أو هما والشفيع فبينة البائع أحق لأنها تثبت الزيادة (قوله بلا قبضه) أي قبض البائع كل الثمن سواء قبض المشتري العقار أولا قهستاني (قوله فالقول له) أي بلا يمين قهستاني فيأخذها الشفيع بما قال البائع ، لأنه إن كان كما قال فظاهر وإلا فهو حط والحط يظهر في حق الشفيع (قوله ومع قبضه للمشتري) فيأخذ الشفيع بما قال المشتري إن شاء ، ولا يلتفت إلى قول البائع لأنه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد وخرج هو من البين وصار كالأجنبي ، فبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع ، وقد بيناه هداية أي بأن القول فيه للمشتري :

ويأخذ الشفيع بما قال البائع ملتقى :

(وحط البعض يظهر فى حق الشفيع) فيأخذ بالباقى ، وكذا هبة البعض إلا إذا كانت بعد القبض أشباه (وحط الكل والزيادة لا) فيأخذه بكل المسمى ،

واعلم أن هذا إذا كان القبض ظاهرا بأن أثبته(١) المشترى بالبينة أو اليمين كما فى الدرر: بقى ما إذا كان القبض غير ظاهر : أى غير معلوم للشفيع ، فإما أن يقر البائع بالقبض أولا ، فإن كان الثانى ولم يذكره فى الكتاب فالظاهر أن حكمه حكم ما إذا كان غير مقبوض ، وإن كان الأول والمشترى يدعى الأكثر والدار فى يده ، فإما أن يقر أولا بمقدار الثمن ثم بالقبض أو بالعكس ، فإن كان الأول كما لو قال بعت الدار منه بألف وقبضته أخذها الشفيع بألف ، لأنه إذا بدأ بالإقرار بالبيع بمقدار تعلقت الشفعة به ثم بقوله قبضت يريد إسقاط حق الشفيع المتعلق بإقراره من الثمن ، لأنه إذا تحقق ذلك يبقى أجنبيا من العقد، إذ لا ملك له فيجب الأخذ بما يدعيه المشترى لما مر آنفا أن الثمن إذا كان مقبوضا أخذ بما قال المشترى وليس له إسقاط حق الشفيع فيرد عليه قوله قبضت وإن كان الثانى ، كما لو قال قبضت الثمن وهو ألف لم يلتفت إلى قوله ويأخذها بما قال المشترى لأنه بإقراره بالقبض صار أجنبيا وسقط اعتبار قوله فى مقدار الثمن عناية (قوله بما قال البائع) لأن فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع ، وهل يحلف البائع ؟ ينبغى أن لا يحلف لأنه حلف مرة إتقانى عن الإسبيجابى (قوله وحط البعض) أى حط البائع بعض الثمن عن المشترى ، فلو حط وكيل البائع : أى بالبيع لا يلتحق بأصل العقد فلا يظهر فى حق الشفيع أشباه أى وإن صح حطه وبرئ المشترى ، لأن الوكيل يضمن ما حطه فكأنه هبة مبتدأة كما أوضحه الحموى (قوله فيأخذ بالباقى) أو يرجع على المشترى بالزيادة إن كان أوفاه الثمن كما فى العزمية (قوله إلا إذا كانت بعد القبض) أى قبض الثمن ، لأنه صار عينا بالتسليم فلا يسترد الشفيع شيئا ، أما قبله فيسترد لأنها هبة دين فى الذمة شرح تنوير الأذهان . قال الحموى : بقى أن يقال يفهم من التقييد بهبة البعض أن هبة الكل لا تظهر فى حق الشفيع مطلقا فهل يأخذ بالمسمى أو بالقيمة؟ لم أر نقلا صريحا .

وفى الظهيرية : شرى دارا بألف ثم تصدق بها على المشترى يأخذها الشفيع بالقيمة إلا أن يكون بعد قبض الألف اهـ . فعلى قياسه يقال إن وهب كل الثمن قبل القبض يأخذ الشفيع بالقيمة وإلا فبالثمن اهـ ملخصا :

أقول : ورأيت فى التاترخانية عن المحيط ما ملخصه : الحط والهبة والإبراء إذا كانت قبل القبض ، فلو كانت فى بعض الثمن تظهر فى حق الشفيع ولو فى كله فلا ، وإذا كانت بعد القبض فالحط والهبة على هذا التفصيل ، وأما الإبراء عن الكل أو البعض فلا يصح اهـ وعليه جرى القهستانى فتأمل (قوله وحط الكل والزيادة لا) أى لا يظهر إن فى حق الشفيع ، أما حط الكل فلأنه لا يلتحق بأصل العقد وإلا بقى العقد بلا ثمن وهو فاسد لا باطل

---

(١) (قوله بأن أثبته الخ) أى أثبت القبض بالبينة أو اليمين ، وهذا صريح فى اعتبار يمين المشترى فى القبض مع أنه مدع وهو بمعزل عن قواعد المذهب . وعبارة الدرر : وإن كان البائع قبض الثمن أخذها الشفيع بما قال المشترى إذا أثبت ذلك بالبينة أو بيمينه اهـ وقوله ذلك : أى قال يعنى لقدر الذى ادعاه ، وحينئذ صح قوله أو بيمينه فلا غبار عليها .

إذا علمت ذلك ظهر أن ما قاله المحشى باطل حيث كان مستنده على زعمه كلام الدرر وقد علمته تأمل منصفا، لكن نقل بعض الأفاضل أن العلامة الشرنبلالى أرجع اسم الإشارة فى عبارة الدرر إلى القبض المفهوم من قبض ، وعليه فيكون المراد يمين البائع أى نكوله المرتب على طلب اليمين منه .

وحاصل المعنى عليه وإن كان البائع قبض الثمن أخذها الشفيع بما قال المشترى إذا أثبت المشترى القبض بالبينة أو نكول البائع ، وحينئذ يصح ما قاله العلامة المحشى . ورأيت بهامش نسخة شيخنا ما نصه : ورأيت بخط العلامة الشيخ عبد الحى الشرنبلالى التأشير على الضمير فى يمينه فى عبارة الدرر بالرجوع إلى الشفيع اهـ ولا أظن صحة المعنى عليه اهـ .

ولو حط النصف ثم النصف يأخذ بالنصف الأخير ، ولو علم أنه اشتراه بألف فسلم ثم حط البائع مائة فله الشفعة ، كما لو باعه بألف فسلم ثم زاد البائع له جارية أو متاعا قنية :

(وفى الشراء بمثلى) ولو حكما كالخمر فى حق المسلم ابن كمال (يأخذ بمثله ، وفى) الشراء بـ (القيمى بالقيمة) أى وقت الشراء (ففى بيع عقار بعقار يأخذ) الشفيع (كلا) من العقارين (بقيمة الآخر ، و) فى الشراء (بثمن مؤجل يأخذ بحال أو طلب) الشفعة (فى الحال وأخذ بعد الأجل) ولايتعجل ما على المشترى لو أخذ بحال (ولو سكت عنه) فلم يطلب فى الحال (وصبر حتى يطلب عند) حلول (الأجل بطلت شفعته) خلافا

خلافا لما فى الدرر ، ولا شفعة فى الفاسد كما يأتى ، لكنه : أى حط الكل يظهر فى حق المشترى قهستانى : وأما الزيادة فلأنها وإن التحقت ففيها إبطال حق الشفيع لاستحقاقه الأخذ بالمسمى قبلها ، والمراد الزيادة فى الثمن : أما فى المبيع فتظهر كما يذكره الشارح قريبا عن القنيـــة لأنها من قبيل الحط (قوله ولو حط النصف الخ) النصف ليس بقيد . قال فى الجوهرة : هذا أى عدم الالتحاق إذا حط الكل بكلمة واحدة ، أما إذا كان بكلمات يأخذ بالأخيرة اهـ ط :

قلت : ووجهه أنه كلما حط شيئا يلتحق بالعقد ويصير الثمن مابقى ، فإذا حط جميع ما بقى يكون حطا لكل الثمن وهو ما بقى فيأخذه به (قوله ولو علم الخ) أشار إلى أنه لا فرق بين ما إذاكان الحط قبل الأخذ بالشفعة أو بعده كما فى التبيين (قوله كما لو باعه بألف الخ) أى له الشفعة أيضا لما قدمنا آنفا ، وهل يأخذ الزيادة أيضا ؛ توقف فيه بعضهم ، ثم رأيت فى النهاية قال : يأخذ الدار بحصتها من الثمن اهـ : ولا يخالفه ما فى شرح المجمع : الملكى باع عقارا مع العبيد والدواب تثبت فى الكل تبعا للعقار اهـ لأن المراد به الأرض والحراثون وآلة الحراثة فتتحقق التبعية لوجود ما هو المقصود من الأرض ولذا صح فيها الوقف تبعا كما مر فى موضعه ، بخلاف الجارية أو المتاع مع الدار ، هذا ما ظهر لى فتأمل (قوله ولو حكما كالخمر الخ) لو ذكره بعد قوله وفى القيمى لسلم مما اعترضه ح بأنه يقتضى أن الخمر مثلى حكما فى حق المسلم وأنه يأخذ بمثل الخمر ، وليس كذلك بل بقيمتها لأنها مثلى حقيقة قيمى حكما فى حقه : وعبارة ابن الكمال لاغبار عليها حيث قال : وبالمثل فى الشراء بثمن مثلى حقيقة وحكما لأن من المثلى ما التحق بغير المثلى كالخمر فى حق المسلم اهـ ملخصا فقوله حقيقة وحكما للإخراج لا للإدخال (قوله بالقيمة) أى وقت الشراء لا وقت الأخذ بالشفعة كما فى الذخيرة قهستانى (قوله يأخذ الشفيع) أى شفيع كل من العقارين (قوله مؤجل) أى بأجل معلوم وإلا يفسد البيع ، ولا شفعة فى البيع الفاسد معراج ، وسيأتى من الشارح التنبيه على ذلك آخر هذا الباب (قوله يأخذ بحال) أى يأخذ فى الحال بتخفيف اللام بثمن حال بتشديدها ، لأن الأجل ثبت بالشرط ولا شرط بين الشفيع والبائع ، ثم إن أخذ بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشترى ، لما مر أن البيع انفسخ فى حق المشترى ، وإن أخذ من المشترى رجع البائع على المشترى بثمن مؤجل كما كان ، لأن الشرط الذى جرى بينهما لم يبطل بأخذ الشفيع هداية (قوله أو طلب) عطف على يأخذ : أى أنه مخير بين الأخذ فى الحال بحال وبين الطلب فى الحال والأخذ بعد الأجل (قوله ولايتعجل الخ) كذا فى الملتقى ، والمراد لو أخذ الشفيع بثمن حال من المشترى لا من البائع كما قدمناه آنفا (قوله ولو سكت عنه الخ) فائدة قوله أو طلب فى الحال (قوله بطلت شفعته) لأن حقه قد ثبت ، ولهذا كان له أن يأخذ بثمن حال ، ولولا أن حقه ثابت لماكان له الأخذ فى الحال ، والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه يبطلها زيلعى ودرر : وفيه نظر لأن هذا طلب تملك ، ولا تبطل الشفعة بتأخيره إلى حلول الأجل لا عند الإمام لأنه لم يقدر له مدة ولا عند محمد

لأبى يوسف (و) يأخذ (بمثل الخمر وقيمة الخنزير إن كان) البائع والمشترى و (الشفيع ذميا) لابد أن يكون البائع أيضا ذميا ، وإلا يفسد البيع فلا تثبت الشفعة ابن كمال معزيا للمبسوط (و) يأخذ (بقيمتها) لما مر (لو) كان الشفيع (مسلما) لمنعه عن تملكها وتمليكها ، ثم قيمة الخنزير هنا قائمة مقام الدار لامقام الخنزير ولذا لايحرم تملكها بخلاف المرور على العاشر ؛

(وطريق معرفة قيمة الخمر والخنزير بالرجوع إلى ذمى أسلم أو فاسق تاب) ولو اختلفا فيه فالقول للمشترى عناية (و) يأخذ الشفيع (بالثمن وقيمة البناء والغرس) مستحقى القلع كما مر فى الغصب :

قلت : وأما لو دهنها بألوان كثيرة أو طلاها بجص كثير خير الشفيع بين تركها أو أخذها وإعطاء ما زاد الصبغ فيها لتعذر نقضه ولا قيمة لنقضه ، بخلاف البناء حاوى الزاهدى

لتقديره بشهر شرنبلالية ، وما قيل فى الجواب المراد طلب المواثبة يأباه قوله لأن حقه قد ثبت فإنه يقتضى أن المراد طلب التملك أبو السعود :

أقول : النظر معلول ، والجواب مقبول لأن ثبوت الشفعة للشفيع بعد البيع واستقرارها بعد الطلبين كما مر متنا ، فإذا صدر البيع وثبت حقه فيها ثم علم به ولم يطالب طلب مواثبة بطلت لأنه سكت بعد ثبوت حقه ، ومنشأ ما مر اشتباه الثبوت بالاستقرار فتدبر (قوله بمثل الخمر وقيمة الخنزير) فلو بيعت بميتة فلا شفعة إلا إن كانوا يتمولونها إتقانى (قوله والشفيع ذميا) ومثله المستأمن لا المرتد قتل أو مات أو لحق خلافا لهما ، ولا تثبت لورثته أما لو شرى فقتل لم تبطل شفعة الشفيع لتعلقها بالخروج عن الملك ، ولو شرى مسلم فى دار الحرب دارا شفيعها مسلم لا شفعة له وإن أسلم أهلها ، لأن أحكامنا لا تجرى فيها إتقانى (قوله لابد أن يكون الخ) بيان لفائدة زيادة البائع والمشترى (قوله لما مر) أى فى كتاب الغصب حيث قال : إن الخمر فى حقنا قيمى حكما ، أو فى قوله آنفا ولو حكما كالخمر فى حق المسلم بناء على ما قدمنا من أن حقه أن يذكره بعد قوله وفى القيمى (قوله لو كان الشفيع مسلما) فلو مسلما وكافرا فالنصف للمسلم بنصف قيمة الخمر وللكافر بمثل نصفه إتقانى : وفيه أسلم قبل الأخذ لم تبطل وصار كالمسلم الأصلى ، وإن أسلم أحد المتبايعين والخمر غير مقبوضة انتقض البيع قبضت الدار أولا ولم تبطل الشفعة لأن انفساخ البيع لايبطلها (قوله ثم قيمة الخنزير الخ) جواب سؤال مقدر وهو أنه مر فى باب العاشر أنه يعشر الخمر : أى يأخذ من قيمته لا الخنزير لأنه قيمى ، وقيمة القيمى كعينه ، وتقرير الجواب ظاهر ، وقدم الشارح جوابا غيره فى باب العاشر عن سعدى ، وهو أنه لو لم يأخذ الشفيع بقيمة الخنزير يبطل حقه أصلا فيتضرر ومواضع الضرورة مستثناة (قوله بخلاف المرور على العاشر) فإنه يعشر الخمر لا الخنزير فافهم فغيره سبق قلم (قوله بالرجوع) الباء للتصوير (قوله إلى ذمى أسلم الخ) وفى البحر من باب العاشر عن الكافى : يعرف بالرجوع(1) إلى أهل الذمة (قوله ولو اختلفا فيه) أى اختلف الشفيع والمشترى فيما ذكر من القيمة ط (قوله فالقول للمشترى) قال فى العناية : كما لو اختلفا فى مقدار الثمن (قوله كما مر فى الغصب) من أن قيمتهما مستحقى القلع أقل من قيمتهما مقلوعين بقدر أجرة القلع ط (قوله قلت وأما لو دهنها الخ) بيان للفرق بين البناء والدهن ، وكان ينبغى تأخيره عن قوله أو كلف المشترى قلعهما ، فإن المخالفة بينهما من هذه الجهة تأمل (قوله أو طلاها بجص كثير) ليس من عبارة الزاهدى بل ذكره الرملى بعدها بقوله أقول وعلى هذا لو طلاها الخ (قوله لتعذر نقضه) علة لمحذوف تقديره : ولا يكلف المشترى النقض لتعذر نقضه أى على وجه

---

(1) (قوله يعرف بالرجوع الخ) قال مولانا : أى إذا كان قولهم يوافق قول المسلم ، أما إذا كان عليه فلا لما فيه من إلزام المسلم بقول الذميين وهو لايصح اه .

وسيجيء : (لو بنى المشترى أو غرس أو كلف) الشفيع (المشترى قلعهما) إلا إذا كان فى القلع نقصان الأرض فإن الشفيع له أن يأخذها مع قيمة البناء والغرس مقلوعة غير ثابتة قهستانى ، وعن الثانى إن شاء أخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس أو ترك ، وبه قال الشافعى ومالك ؛

قلنا : بنى فيما لغيره فيه حق أقوى ولذا تقدم عليه فينقضه (كما ينقض) الشفيع (جميع تصرفاته) أى المشترى (حتى الوقف والمسجد والمقبرة) والهبة زيلعى وزاهدى . وأما الزرع فلا يقلع استحسانا لأن له نهاية معلومة ويبقى بالأجر (ورجع الشفيع بالثمن فقط ، إن) أخذ بالشفعة ثم (بنى أو غرس ثم استحقت) ولا يرجع بقيمة البناء والغرس على أحد لأنه ليس بمغرور ، بخلاف المشترى (و) يأخذ (بكل الثمن إن خربت أو جف الشجر) بلا فعل أحد والأصل أن الثمن يقابل الأصل لا الوصف (و) هذا إذا (لم يبق شيء من نقض أو خشب) فلو بقى وأخذه المشترى لانفصاله من الأرض حيث لم يكن تبعا للأرض تسقط حصته من الثمن ، فيقسم الثمن على قيمة الدار يوم العقد وعلى قيمة النقض يوم الأخذ زيلعى ؛

قلت : فلو لم يأخذه المشترى كأن هلك بعد انفصاله لم يسقط شيء من الثمن لعدم حبسه إذ هو من التوابع

يكون له قيمة (قوله وسيجيء) أى ما ذكره بقوله وأما لو دهنها آخر كتاب الشفعة فى الفروع (قوله أو كلف) عطف على يأخذ (قوله إلا إذا كان إلى قوله وعن الثانى) موجود فى بعض النسخ. قال ط : هو استثناء من محذوف تقديره ولا يجبر المشترى على البيع اه ؛

قلت : يؤيده قول الإتقانى ويأمره القاضى بالقلع إلا إذا كان الخ (قوله أن يأخذها) أى الأرض جبرا على المشترى (قوله مع قيمة البناء والغرس) الأوضح قول النهاية مع البناء والأغراس بقيمتها (قوله مقلوعة) أى مستحقة القلع ، ويدل عليه قوله غير ثابتة ط (قوله وعن الثانى الخ) أى فى مسألة المتن ، فلا يكلف المشترى القلع لأنه ليس بمعتد فى البناء والغرس لثبوت ملكه فيه بالشراء فلا يعامل بأحكام العدوان الذى هو القلع ط (قوله وقيمة البناء والغرس) أى قائمين على الأرض غير مقلوعين نهاية عن شرح الطحاوى (قوله ولذا) أى لكون حق الغير وهو الشفيع أقوى (قوله ويبقى بالأجر) أى رعاية لجانب المشترى والشفيع كما أوضحه الزيلعى ؛

هذا وعبارة الإتقانى عن شرح الطحاوى لا يجبر المشترى على قلعه بالإجماع ، بل ينظر إلى وقت الإدراك ثم يقضى للشفيع اه ومقتضاه عدم الأجر إذ لم تخرج الأرض عن ملك المشترى لعدم القضاء تأمل. وقال السائحانى: الذى فى المقدسى ثم الأرض تترك بغير أجر ، وعن أبى يوسف بأجر اه ؛

قلت : ومثله فى التاترخانية (قوله ولا يرجع بقيمة البناء والغرس) يعنى بنقصان قيمتهما ، وعن أبى يوسف أنه يرجع (قوله على أحد) أى سواء تسلمها من البائع أو من المشترى ط (قوله لأنه ليس بمغرور) لأنه أخذها بالشفعة جبرا كما مر (قوله بخلاف المشترى) إذا استحق ما اشتراه بعد البناء لأن البائع غره بالعقد فيرجع عليه بما خسر (قوله ويأخذ بكل الثمن الخ) أى إذا اشترى رجل دارا فخربت أو بستانا فجف الشجر فللشفيع الأخذ بكل الثمن لأنهما تابعان للأرض منح (قوله بلا فعل أحد) يأتى محترزه متنا (قوله لا الوصف) أى مالم يقصد إتلافه فيقابل بحصته من الثمن كما يأتى رحمتى ، والأولى أن يقول لا التبع لأن البناء والشجر ليسا وصفا للدار والبستان لعم الجفاف وصف ؛

قال فى التبيين : لأنهما تابعان للأرض حتى يدخلان فى البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن ولهذا يبيعهما مرابحة فى هذه الصورة من غير بيان اه ط (قوله من نقض أو خشب) لف ونشر مرتب ط (قوله حيث لم يكن تبعا للأرض) علة لقوله تسقط حصته من الثمن ط فهو عين مال قائم بقى محتبسا عند المشترى زيلعى

والتوابع لايقابلها شيء من الثمن وبالأخذ بالشفعة تحولت الصفقة إلى الشفيع ، فقد هلك ما دخل تبعا قبل القبض ولايسقط بمثله شيء من الثمن قاله شيخنا (بخلاف ما إذا تلف بعض الأرض) بغرق حيث يسقط من الثمن بحصته لأن الفائت بعض الأصل زيلعى (و) يأخذ (بحصة العرصة) من الثمن (إن نقض المشترى البناء) لأنه قصد الإتلاف . وفى الأول الآفة سماوية ، ويقسم الثمن على قيمة الأرض والبناء يوم العقد ، بخلاف انهدامه كما مر لتقوّمه بالجنس (ونقض الأجنبي كنقضه) أى المشترى (والنقض) بالكسر المنقوض (له) أى للمشترى وليس للشفيع أخذه لزوال التبعية بانفصاله (و) يأخذ (بثمرها) استحسانا لاتصاله (إن ابتاع أرضا ونخلا وثمرا أو أثمر) بعد الشراء (فى يده وإن جذه المشترى) فليس للشفيع أخذه لما مر (أو هلك بآفة سماوية

(قوله فقد هلك مادخل تبعا) أى لما كان من التوابع وتحولت الصفقة إلى الشفيع فقد هلك التبع بعد دخول الأصل فى ملك الشفيع قبل القبض فافهم.

فإن قلت : تقدم عن الزيلعى أن الأخذ بالشفعة شراء من المشترى إن كان الأخذ بعد القبض وإلا فمن البائع لتحول الصفقة إليه ، ومقتضاه عدم السقوط فيما أخذه المشترى أيضا لأنه قبل شراء الشفيع وقبضه فلم يدخل تبعا.

قلت : تقدم أيضا أن الشفعة تملك البقعة بما قام على المشترى ، فلو لم تسقط حصته من الثمن لم يكن كذلك تأمل ، وكذا يقال فيما يأتى (قوله لأن الفائت بعض الأصل) فى بعض النسخ لأن الغائب والكل صحيح ، لأن المراد بالفائت الهالك ، وبالغائب : أى فى الماء الهالك أيضا ، ولكن الأول الذى فى الزيلعى . ثم هذا بيان وجه المخالفة بينه وبين المسألة السابقة (قوله إن نقض المشترى البناء) فلو لم ينقضه ولكن باعه من غيره بلا أرض فللشفيع نقض البيع ، وكذا النبات والنخل طورى عن التاترخانية (قوله لأنه قصد الإتلاف) أى والتبع إذا صار مقصودا به يسقط ما يقابله من الثمن ط (قوله ويقسم الثمن الخ) فتقوم الأرض وعليها البناء وتقوم بغيره ، فبقدر التفاوت يسقط من الثمن ط .

قلت : فلو اختلفا فى قيمة البناء فالقول للمشترى والبينة للشفيع عنده ، وعندهما للمشترى أيضا ولو فى قيمة الأرض يوم وقع الشراء نظرا إلى قيمته اليوم ، لأن الظاهر أنه كان كذلك ، فمن شهد له كان القول له إتقانى (قوله بخلاف انهدامه الخ) أى بخلاف ما إذا انهدم بنفسه وأخذ النقض حيث يعتبر قيمته يوم الأخذ كما مر لأنه صار مانعا بحبسه فيقوم عليه بالحبس فى يومه تأمل وافهم (قوله والنقض بالكسر) قال المكى : قلت وقد حصل فى نقض البناء وهو منقوض لغتان ضم النون وكسرها فالأزهرى وصاحب المحكم اقتصر على الضم ، والجوهرى وابن فارس على الكسر وهو القياس كالذبح والرعى والنكث بمعنى المذبوح والمرعى والمنكوث ط (قوله بثمرها) الباء بمعنى مع ط (قوله لاتصاله) هذا وجه الاستحسان ، وفى القياس لايكون له أخذ الثمرة لعدم التبعية كالمتاع الموضوع فيها منح . وبيان وجه الاستحسان أنه باعتبار الاتصال صار تبعا للعقار كالبناء فى الدار هداية (قوله وثمرا) بأن شرطه فى البيع لأن الثمر لايدخل فى البيع إلا بالشرط لأنه ليس بتبع زيلعى (قوله بعد الشراء فى يده) متعلقان بأثمر ، وقيد بقوله فى يده لأنه إذا أثمر فى يد البائع قبل القبض ثم قبضه المشترى له حصة من الثمن ، كما إذا كان موجودا وقت الشراء كفاية (قوله وإن جذه) بالذال المعجمة المشددة . قال الزيلعى فى باب البيع الفاسد : الجذاذ بالذال عام فى قطع الثمار ، وبالمهملة خاص بالنخل اهـ ط عن الحموى ، وضبطه مسكين هنا بالمهملة : قال أبو السعود لأنه أنسب بالمقام ، وقوله المشترى ليس بقيد بل مثله البائع والأجنبى كما فى غاية البيان (قوله فليس للشفيع أخذه) أى فى الفصلين هداية : أى إذا اشتراه بالثمر أو أثمر فى يده وكان عليه أن يقول وليس بالواو ويذكره بعد جواب الشرط الآتى (قوله لما مر) أى آنفا من قوله لزوال التبعية بانفصاله ، ولا يخفى أن الثمر فى الأولى وإن دخل بالشرط

وقداشتراها بثمرها سقط حصته من الثمن فى الأول) أى شرائها بثمرها (وبكل الثمن فى الثانى) لحدوثه بعض القبض؛
(قضى بالشفعة للشفيع ليس له تركها) شرح وهبانية لتحويل الصفقة إليه ، بخلاف ما قبل القضاء ؛
(الطلب فى بيع فاسد وقت انقطاع حق البائع اتفاقا وفى هبة بعوض) مشروط ولا شيوع فيهما (وقت التقابض) وفى بيع فضولى أو بخيار بائع وقت البيع عند الثانى ووقت الإجازة عند الثالث ، وبخيار مشتر وقت البيع اتفاقا مجتبى .
(من لم ير الشفعة بالجوار) كالشافعى مثلا .
(طلبها عند حاكم يراه يقول له هل تعتقد وجوبها ؟ إن قال نعم) أعتقد ذلك (حكم بها له وإلا) يقله (لا) يحكم منية وبزازية ؛
[فروع] أخر الشفيع إيجاب الطلب لكون القاضى لايراها فهو معذور ، وكذا لو طلب من القاضى إحضاره

كما مر ووقع الشراء عليه قصدا ، لكن دخوله فى الشفعة بالتبعية للعقار باعتبار الاتصال كما قدمناه ، وبالإنفصال تزول التبعية للعقار فتسقط الشفعة فافهم (قوله وقد اشتراها بثمرها) مزيدة على الدرر ولا معنى لها ح أى لمنافاته للتفصيل الآتى (قوله سقط حصته من الثمن فى الأول) لأنه دخل فى البيع قصدا فيقابله شىء من الثمن هداية (قوله لحدوثه بعد القبض) فلا يكون مبيعا إلا تبعا فلا يقابله شىء من الثمن هداية (قوله لتحويل الصفقة إليه) أى ولا يجوز له إبطالها منفردا من غير مقتض شرعا ط (قوله بخلاف ماقبل القضاء) قدم المصنف أنها تملك بالأخذ بالتراضى وبقضاء القاضى ، فالقضاء هنا غير قيد تأمل (قوله وقت انقطاع حق البائع) كأن تصرف فيها المشترى ببناء ونحوه كما يأتى (قوله وفى هبة بعوض مشروط) أى فى العقد : وصورته أن يقول : وهبت هذا لك على أن تعوضنى كذا ، وأجمعوا أنه لو قال وهبت هذا لك بكذا أنه بيع إتقانى . وفى الخانية : فلو كانت بغير شرط العوض ثم عوضه بعدها فلا شفعة (قوله ولا شيوع فيهما) أى فى الهبة والعوض بأن كان العوض عقارا أيضا قال ط : أما إذا كانت فى شائع ، فإن كانت مما يقسم فهى فاسدة وإلا فهى صحيحة وتجرى فيها الشفعة وهذا قياس ماتقدم فى الهبة اهـ ،

وفى غاية البيان : قال أصحابنا : إذا وهب نصف دار بعوض فلا شفعة فيه ، لأن هبة المشاع فيما يقسم لاتجوز اهـ (قوله وقت التقابض) أى من الجانبين ، فلو قبض أحد العوضين فلا شفعة إتقانى ، ولو سلمها قبل قبض الآخر فهو باطل كما سيذكره الشارح عن المبسوط ، ومثله فى الجوهرة عن المستصفى ؛

قال فى النهاية : ولابد من القبض عندنا خلافا لزفر فلا شفعة مالم يتقابضا . وعلى قوله تجب قبل التقابض بناء على أن الهبة بشرط العوض عنده بيع إبتداء وانتهاء وعندنا بر إبتداء وبمنزلة البيع إذا اتصل به القبض من الجانبين كذا فى المبسوط اهـ ؛

وفى القهستانى عن المحيط : يعتبر الطلب عند التقابض فى ظاهر الرواية ، فقول السائحانى عن المقدسى : وفى رواية وقت العقد وهو الصحيح مشكل ، فإنه مبنى على قول زفر ، ولم أر من صححه من شراح الهداية وغيرها فتأمل (قوله ووقت الإجازة عند الثالث) هذا هو الصحيح كما سيذكره الشارح أول الباب الآتى وفيه كلام ستعرفه (قوله يقول له الخ) قال فى البزازية : ولم يذكر فى الكتب أن من لايرى الشفعة بالجوار إذا طلبها عند حاكم يراها قيل لايقضى له لأنه يزعم بطلان دعواه ، وقيل يقضى لأن الحاكم يراها ، وقيل يقول له الخ قال الحلوانى : وهذا أحسن الأقاويل اهـ (قوله وإلا يقله) عبارة البزازية (١) وإن قال لا فلا تأمل (قوله إيجاب الطلب) أى إثباته

---

(١) المقصود من نقل عبارة البزازية أنه لايفهم منها مالو سكت الشفيع ولم يقل نعم أولا بخلاف تعبير المصنف اهـ منه .

فامتنع بخلاف سبت اليهودى كما يأتى :

شرى أرضا بمائة فرفع ترابها وباعه بمائة ثم أخذها الشفيع بالشفعة أخذها بخمسين لأن ثمنها يقسم على قيمة الأرض يوم الشراء قبل رفع التراب وعلى قيمة التراب الذى باعه وهما سواء ، ولو كبسها كما كانت. فالجواب لايتفاوت ويقال للمشترى ارفع ماكبست فيها فهو ملك حاوى الزاهدى . وفيه شرى دارا إلى الحصاد فليس للشفيع أن يعجل الثمن ويأخذها بالشفعة لأنه ملكها ببيع فاسد اه .

قلت : وسيجىء أنه لاشفعة فيما بيع فاسدا ولو بعد القبض لاحتمال الفسخ ، نعم إذا سقط الفسخ ببناء ونحوه وجبت .

وفى المبسوط : الهبة بشرط العوض إنما تثبت الملك للموهوب له إذا قبض الكل ، فلو وهب دارا على عوض ألف درهم فقبض أحد العوضين دون الآخر ثم سلم الشفيع الشفعة فهو باطل حتى إذا قبض العوض الآخر كان له أن يأخذ الدار بالشفعة :

باب ما تثبت هى فيه أو لا تثبت

(لا تثبت قصدا إلا فى عقار ملك بعوض) خرج الهبة (هو مال) خرج المهر (وإن لم) يكن (يقسم) خلافا للشافعى (كرحى) أى بيت الرحى مع الرحى نهاية (وحمام وبئر) ونهر (وبيت صغير) لايمكن قسمه (لافى عرض)

عند القاضى فإن الطلب عنده وهو الثالث متضمن إثبات طلب المواثبة وطلب التقرير فلفظ إيجاب فى محله فافهم ، وهذا مبنى على قول محمد المفتى به من أنه لو أخرها شهرا بلا عذر بطلت كما مر (قوله فامتنع) أى القاضى أو من وجبت عليه الشفعة أفاده أبو السعود ط (قوله بخلاف سبت اليهودى) فإن القاضى يحضره وإن كان يوم السبت ، هذا إن كانت الشفعة واجبة عليه ، وإن كانت واجبة له فالمعنى يطلب من القاضى وإن كان يوم السبت ، وهذا يظهر إذا كان يوم السبت آخر الشهر إذ تأخير الطلب قبل الشهر لايبطلها اتفاقا إلا أن يكون المراد طلب المواثبة أو التقرير تأمل ، ومثل السبت الأحد للنصرانى كما أفاده الحموى (قوله كما يأتى) أى فى الفروع آخر كتاب الشفعة (قوله أخذها بخمسين) عزاها فى الخانية إلى ابن الفضل ، ثم قال بعده : وقال القاضى السعدى : لايطرح عن الشفيع نصف الثمن وإنما يطرح عنه حصة النقصان ، وظاهر تقديم الخانية الأول اعتماده كما هو عادته (قوله لأن ثمنها الخ) ظاهر التعليل أن قيمتهما سواء وقت العقد ، فلو اختلفت لايتعين أخذها بخمسين بل يقسم الثمن بحسبها تأمل (قوله إذا قبض الكل) مبنى للمجهول أى كل من البدلين أو للمعلوم : أى كل من المتبادلين (قوله فهو) أى التسليم (قوله كان له أن يأخذ الدار بالشفعة) لأنه وقت انعقاد المعاوضة ولذا عبر المصنف بالتقابض الدال على حصول القبض من الإثنين فى قوله وفى هبة بعوض وقت التقابض ط والله تعالى أعلم :

باب ماتثبت هى فيه أولا

(قوله لاتثبت قصدا الخ) قيد به لأنها تثبت فى غير العقار تبعا له كالبناء والغرس والثمرة على مامر وكذا فى آلة الحراثة تبعا للأرض كما قدمناه عن شرح المجمع (قوله ملك) بالتشديد أو التخفيف صفة عقار ، وسيأتى محترزه وهو مابيع بخيار للبائع ونحوه (قوله خرج الهبة) أى التى لم يشترط فيها العوض ، وهذه المحترزات أتى بها المصنف بعد فالأولى حذفها ط (قوله وإن لم يكن يقسم) أدرج لفظ يكن ليفيد أن المراد ليس مما اتصف بكونه يقسم : أى يقبل القسمة ، وليس المراد نفى القسمة أعم من كونه قابلا لها أولا تأمل (قوله خلافا للشافعى) لأن من أصله أن الأخذ بالشفعة لدفع ضرر مؤنة القسمة وذا لايتحقق فيما لايحتملها . وعندنا لدفع ضرر التأذى بسوء المجاورة على الدوام كفاية (قوله وحمام) فيأخذه الشفيع بقدره لأنه من البناء دون القصاع لأنها غير متصلة بالبناء

بالسكون ما ليس بعقار فيكون ما بعده من عطف الخاص على العام (وفلك) خلافا لمالك (وبناء ونخل) إذا (بيعا قصدا) ولو مع حق القرار خلافا لما فهمه ابن الكمال لمخالفته المنقول كما أفاده شيخنا الرملى (ولا) فى (إرث وصدقة وهبة لابعوض) مشروط (ودار قسمت) أو جعلت أجرة أو بدل خلع أو عتق أو صلح عن دم عمد أو مهر (وإن قوبل ببعضها) أى الدار (مال) لأن معنى البيع تابع فيه ، وأوجباها فى حصة المال (أو) دار (بيعت بخيار البائع ولم يسقط خياره ، فإن سقط وجبت إن طلب عند سقوط الخيار) فى الصحيح ، وقيل عند

نهاية . وفى الطورى عن المحيط : ويدخل فى الرحى الحجر الأسفل دون الأعلى ، لأنه مبنى بالأرض (قوله بالسكون) أى سكون الراء .

وفى المغرب : العرض بفتحتين ويجمع على عروض حطام الدنيا (قوله ماليس بعقار) تفسير مراد هنا قال فى الصحاح : والعرض بسكون الراء المتاع ، وكل شيء فهو عرض سوى الدراهم والدنانير . وقال أبو عبيدة : العروض الأمتعة التى لايدخلها كيل ولا وزن ، ولا تكون حيوانا ولا عقارا (قوله إذ بيعا قصدا) أى بيعا قصديا فتثبت الشفعة فيهما بتبعية العقار ، فلو اشترى نخلة بأرضها ففيها الشفعة تبعا للأرض ، بخلاف ماإذا اشترى ليقلعها حيث لاشفعة فيها لأنها نقلية كما فى البناء والزرع كما فى المحيط قهستانى (قوله ولو مع حق القرار) قدمنا الكلام فيه بما لامزيد عليه (قوله ولا فى إرث) أى موروث درر لأن الوارث يملك على حكم ملك الميت ولهذا يرد على بائعه بالعيب فكأن ملك الميت لم يزل إتقانى ، فهو أيضا محترز قوله ملك تأمل (قوله وصدقة وهبة الخ) لأنها ليست بمعاوضة مال بمال فصارت كالإرث منح (قوله لابعوض مشروط)قدمنا فائدته (قوله ودار قسمت) أى بين الشركاء لأن القسمة فيها معنى الإفراز ولهذا يجرى فيها الجبر والشفعة لم تجر إلا فى المبادلة المطلقة منح (قوله أو جعلت أجرة الخ) لأنها ثبتت ، بخلاف القياس بالآثار فى معاوضة مال بمال مطلق فيقتصر عليها منح (قوله أو صلح عن دم عمد) قيد به لما فى المبسوط : لو كان عن جناية خطأ تجب الشفعة ، فلو عن جنايتين عمد وخطأ لاشفعة عنده . وعندهما تجب فيما يخص الخطأ اه طورى ، وإن ادعى حقا على إنسان فصالحه على دار للشفيع أخذها سواء كان عن إقرار أو إنكار أو سكوت لزعم المدعى أنها عوض حقه فيؤاخذ بزعمه ، ولو ادعى عليه داراً فصالحه على دراهم ، فإن عن إقرار تجب لزعمه ملكها بعوض لا إن كان عن إنكار لزعمه أنها لم تزل عن ملكه أو سكوت لزعمه أن المعطى لافتداء يمينه كما فى درر البحار (قوله أو مهر) صوابه أو مهرا بالنصب كما فى الغرر عطفا على أجرة ، إذ لو جعلت بدل مهر المثل أو المسمى عند العقد أو بعده تثبت فيه الشفعة لأنه مبادلة مال بمال لأنه بدل عما فى ذمته من المهر كما فى التبيين وغيره (قوله وإن قوبل ببعضها مال) بأن تزوج امرأة على دار على أن ترد عليه ألف درهم فلا شفعة فى شيء منها منح (قوله لأن معنى البيع تابع فيه) أى فى هذا العقد ، لأنه وإن اشتمل على نكاح وبيع لكن المقصود منه النكاح بدليل أنه ينعقد بلفظ النكاح ، ولا شفعة فى الأصل فكذا التبع (قوله بيعت بخيار البائع) وكذا بخيارهما لأن المبيع لم يخرج عن ملكه بخلاف خيار المشترى وهذا فى التى فيها الخيار ، فلو بيعت دار بجنبها والخيار لأحدهما فله الشفعة ، فلو للبائع سقط لإرادته الاستبقاء وكذا المشترى وتصير إجازة بخلاف ماإذا اشتراها ولم يرها فلا يبطل خياره بأخذ مابيع بجنبها لأن خيار الرؤية لايبطل بصريح الإبطال فكيف بدلالته ؟ ثم إذا حضر شفيع الأولى له أخذها دون الثانية لإنعدام ملكه فى الأولى حين بيعت الثانية عناية ملخصا (قوله فى الصحيح) كذا فى الهداية معللا بأن البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك ، ومثله فى الجوهرة والدرر والمنح ، وأقره شراح الهداية . وقال فى العناية ومعراج الدراية : وقوله فى الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ إنه يشترط الطلب عند وجود البيع لأنه هو السبب اه .

البيع وصحح (أو بيعت) الدار بيعا (فاسدا ولم يسقط فسخه فإن سقط) حق فسخه كأن بنى المشترى فيها (تثبت) الشفعة كما مر (أورد بخيار رؤية أو شرط أوعيب بقضاء) متعلق بالأخير فقط خلافا لما زعمه المصنف تبعا للدرر (بعد ما سلمت) أى إذا بيع وسلمت الشفعة ثم ردالمبيع بخيار رؤية أو شرط كيفما كان أو بعيب بقضاء فلاشفعة لأنه فسخ لا بيع (بخلاف الرد) بعيب بعد القبض (بلا قضاء أو بإقالة) فإن له الشفعة ، لأن الرد بعيب بلاقضاء

أقول : لكن فى الظهيرية قال : يشترط الطلب والإشهاد عند البيع ، حتى لو لم يطلب ولم يشهد عند البيع ثم جاز البيع بالإجازة أو عند مضى مدة الخيار فلا شفعة له فى ظاهر الرواية . وقال بعض العلماء : إنما يشترط عند جواز البيع ، وهو رواية عن أبى يوسف ، ونظيره الدار إذا بيعت ولها جار وشريك فالشفعة للشريك لا للجار ، ولكن مع هذا يشترط الطلب من الجار عند البيع ، بخلاف بيع الفضولى فإن الطلب عند إجازة المالك. والفرق أن البيع بالخيار عقد تام ألا ترى أنه يعمل من غير إجازة أحد ولا كذلك عقد الفضولى اهـ فليتأمل .

وفى القهستانى : يطلب بعد سقوط الخيار ، وقيل عند البيع ، والأول أصح كما فى الكافى والثانى الصحيح كما فى الهداية اهـ .

والظاهر أن العبارة مقلوبة لأن المصحح فى الهداية هو الأول ، فقد ظهر تصحيح كل من القولين ، ولكن إن ثبت أن الثانى ظاهر الرواية لايعدل عنه (قوله أو بيعت الدار بيعا فاسدا) أى لا شفعة فيها أيضا ، أما قبل القبض فلعدم زوال ملك البائع ، وأما بعده فلاحتمال الفسخ ، وفى إثبات الشفعة تقرير للفساد فلا يجوز جوهرة . وفى الكلام تلويح إلى أنه وقع فاسدا ابتداء لأن الفساد إذا كان بعد انعقاده صحيحا فحق الشفعة على حاله ، فإن النصرانى لو اشترى من نصرانى دارا بخمر فلم يتقابضا حتى أسلما أو أسلم أحدهما أو قبض الدار ولم يقبض الخمر فإنه يفسد البيع وحق الشفعة باق لفساده بعد وقوعه صحيحا عناية (قوله كأن بنى المشترى فيها) أو أخرجها عن ملكه بالبيع أو غيره ، فإن باعها فللشفيع أخذها بالبيع الثانى بالثمن أو بالبيع الأول بقيمتها لأنها الواجبة فيه ، وتمامه فى التبيين (قوله كما مر) أى قبيل الباب (قوله خلافا لمـــا زعمه المصنف الخ) حيث عاقه برد . قال فى الشرنبلالية : وهو خطأ فى الرد بخيار رؤية أو شرط ، على أن القضاء فى الرد بعيب ليس شرطا لإبطال الأخذ بالشفعة مطلقا بل فيما بعد القبض لأنه قبل القبض فسخ من الأصل كما فى الكافى وغيره ، وفيما بعد القبض يكون إقالة لعدم القضاء به ، وهى بيع جديد فى حق ثالث وهو الشفيع فله الشفعة .

قال فى الذخيرة : إذا سلم الشفيع الشفعة ثم إن المشترى رد الدار على البائع ، إن كان الرد بسبب هو فسخ من كل وجه نحو الرد بخيار الرؤية أو الشرط وبالعيب قبل القبض بقضاء أو بغير قضاء وبعد القبض بقضاء لايتجدد للشفيع حق الشفعة ، فإن كان الرد بسبب هو بيع جديد فى حق ثالث نحو الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء والرد بحكم الإقالة تتجدد للشفيع الشفعة اهـ (قوله بعد ما سلمت) فلو قبله تبقى شفعته مع كل فسخ وبدون فسخ شرنبلالية (قوله لأنه فسخ) علة للثلاث (قوله بعد القبض) هذا التقييد لصاحب الهداية موافق لما قدمناه آنفا عن الذخيرة .

قال الزيلعى : إنما يستقيم على قول محمد لأن بيع العقار عنده قبل القبض لا يجوز كما فى المنقول فلايمكن حمله على البيع ، وأما عندهما فيجوز بيعه قبل القبض فما المانع من حمله على البيع ، أى بالنظر إلى الشفيع ، وتمامه فيه. قال أبو السعود : وتعقبه الشلبى نقلا عن خط قارئ الهداية بأن الرد بالعيب قبل القبض فسخ فى حق الكل ، حتى كان له أن يرده على بائعه وإن كان بغير قضاء وصـــار بمنزلة خيار الشرط والرؤية فبطل بحثه اهـ .

والإقالة بمنزلة بيع مبتدأ :

(وتثبت) الشفعة (للعبد المأذون المستغرق بالدين) إحاطة الدين برقبته وكسبه ليس بشرط ابن كمال (فى مبيع سيده ، و) تثبت (لسيده فى مبيعه) بناء على أن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء ، وشراء أحدهما من الآخر يجوز (و) تثبت (لمن شرى) أصالة أو وكالة (أو اشترى له) بالوكالة ، وفائدته أنه لو كان المشترى أو الموكل بالشراء شريكا وللدار شريك آخر فلهما الشفعة ، ولو هو شريكا وللدار جار فلا شفعة للجار مع وجوده :

(لا) شفعة (لمن باع) أصالة أو وكالة (أو بيع له) أى وكل بالبيع (أوضمن الدرك) والأصل أن الشفعة تبطل بإظهار الرغبة عنها لا فيها :

(قوله والإقالة) بالنصب عطفا على الرد والظرف بعده خبر إن ، وكون الإقالة بمنزلة بيع مبتدإ إذا كانت بلفظ الإقالة فلو بلفظ مفاسخة أو متاركة أو تراد لم تجعل بيعا اتفاقا كما مر فى بابها سائحانى (قوله المستغرق) بصيغة اسم الفاعل : أى الذى استغرق نفسه وماله بالدين وبصيغة اسم المفعول : أى الذى استغرقه الدين ط (قوله ليس بشرط) بل الشرط كونه مديونا إذا كان البائع مولى العبد المأذون والعبد شفيعه أو بالعكس : أما إذا كان غير المولى فلا يشترط وجود الدين أصلا كما أفاده فى النهاية (قوله وشراء أحدهما من الآخر يجوز) أى إن كان العبد مديونا كما قدمناه وإلا فهو باطل ، فلا شفعة للمولى لأن البيع وقع له لا للغرماء (قوله أصالة أو وكالة) لكن الوكيل يطلب الشفعة من الموكل ، بخلاف الأصيل فإنه لايحتاج إلى الطلب كما فى الخانية وكذا تثبت للأب لو شرى لطفله على ما يأتى بيانه فى الفروع (قوله وفائدته أنه لو كان المشترى) أى أصالة أو وكالة :

وبيان ذلك : باع أحد شريكين فى دار حصته منها للآخر فاشترى لنفسه أو لغيره بالوكالة أو باع أحدهما حصته لوكيل الشريك الآخر فجاء ثالث وطلب الشفعة ، فإن كان شريكا قسمت بينه وبين المشترى فى الأول ، أو بينه وبين الموكل فى الثانى ، وإن كان جارا فلا شفعة له مع وجود المشترى أو موكله لأنه شريك ما لم يسلم : وفى القنية : اشترى الجار دارا ولها جار آخر فطلب الشفعة وكذا المشترى فهى بينهما نصفين لأنهما شفيعان : قال ابن الشحنة : فقوله وكذا المشترى : أى إذا طلب ولم يسلم للشفيع الآخر ، وعلى هذا لو جاء ثالث قسمت أثلاثا أو رابع فأرباعا ؛ ثم نقل عن الظهيرية : لو سلم الجار المشترى كلها للجار الآخر كان نصفها له بالشفعة والنصف بالشراء اه : قال الشرنبلالى : وفيه تأمل :

أقول : الظاهر أنه شراء بالتعاطى لأنه تملك النصف بالشفعة جبرا على المشترى فإذا سلم له النصف الثانى برضاه فقبله الآخر كان شراء تأمل :

هذا ، وفى كلام ابن الشحنة إشارة إلى أن قول القنية فطلب الشفعة المراد به أنه لم يسلم الكل للآخر لاحقيقة الطلب ، فلا ينافى ما قدمناه عن الخانية أن الأصيل لايحتاج إلى الطلب تأمل (قوله لا شفعة لمن باع أصالة) كأن باع عقارا له مجاورا لعقار له آخر وللعقار المبيع جار طلب الشفعة لايشاركه البائع فيها (قوله أو وكالة) كأن باع عقارا بالوكالة مجاورا لعقاره (قوله أى وكل بالبيع) تفسير لقوله أو بيع له ، كأن وكل غيره ببيع عقار بجنب عقار الموكل (قوله أو ضمن الدرك) بفتحتين أو السكون : أى الثمن عند الاستحقاق ، فلا شفعة لضامنه فى عقار البائع لأنه كالبائع قهستانى لأن ضمان الدرك تقرير للبيع كما فى الدرر (قوله والأصل الخ) ولأن أخذه بالشفعة يكون سببا فى نقض ماتم من جهته وهو الملك واليد للمشترى ، وسعى الإنسان فى نقض ماتم من جهته مردود درر . أى بخلاف الوكيل بالشراء أو المشترى نفسه لأنه محقق لما تم من جهته ، والله تعالى أعلم :

باب ما يبطلها

(يبطلها ترك طلب المواثبة) تركه بأن لايطلب فى مجلس أخبر فيه بالبيع ابن كمال ، وتقدم ترجيحه (أو) ترك طلب (الإشهاد) عند عقار أو ذى يد لا الإشهاد عند طلب المواثبة لأنه غير لازم (مع القدرة) كما مر (و) يبطلها (تسليمها بعد البيع) علم بالسقوط أولا (فقط) لاقبله كما مر (ولو) تسليمها (من أب ووصى) خلافا لمحمد

باب مايبطلها

(قوله يبطلها ترك طلب المواثبة) أى ولو جاهلا بثبوت الطلب له ؛ لما فى الخانية : رجلان ورثا أجمة وأحدهما لم يعلم بالميراث فبيعت أجمة بجنبها فلم يطلب الشفعة فلما علم أن له فيها نصيبا طلب الشفعة فى المبيعة قالوا تبطل شفعته والجهل ليس بعذر اه (قوله وتقدم ترجيحه) أى على القول بأنه على فور العلم وعلمت مافيه فى باب الطلب (قوله أو ذى يد) الأولى أن يقول أو أحد العاقدين ، لما تقدم أنه يصح الإشهاد على المشترى وإن لم يكن العقار فى يده ، وكذا على البائع وإن لم تكن الدار فى يده استحسانا كما ذكره شيخ الإسلام ط (قوله لاالإشهاد) عطف على طلب لاعلى الإشهاد كما لايخفى ح (قوله لأنه غير لازم) كذا قال فى الهداية ، بل فائدته مخافة الجحود فيصح الطلب بدونه لو صدقه المشترى كما قدمناه ، وهذا رد على صاحب الدرر حيث قال يبطلها ترك الإشهاد على طلب المواثبة قادرا اغترارا بظاهر قول الهداية هنا إذا ترك الشفيع الإشهاد حين علم وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته اه فحمله على ما إذا علم وكان عنده من يشهده فسكت ولم يشهد بدليل قوله وهو يقدر ، وحمل قول الهداية أولا أنه غير لازم على ما إذا علم فى مكان خال . ورده الشرنبلالى بأن الشرط الطلب فقط دون الإشهاد عليه ، وبما قاله الأكمل وغيره أن المراد بالإشهاد فى قول الهداية إذ ترك الإشهاد نفس طلب المواثبة بدليل قوله لإعراضه عن الطلب وبأنه صرح قبل هـذا بأن المراد بقول القدورى أشهد فى مجلسه هو طلب المواثبة ، فلا تنافى بين كلامى الهداية اه ملخصا .

وقد يقال : المراد إذا ترك الإشهاد على أحد العاقدين أو عند الدار حين علم فتركه وهو يقدر بطلت ، لكن فيه أنها لاتبطل بدليل أنه لو صدقه المشترى صح كما علمته فافهم (قوله مع القدرة كما مر) حيث قال وهذا الطلب لابد منه ، حتى لو تمكن ولو بكتاب أو رسول ولم يشهد بطلت شفعته وإن لم يتمكن منه لاتبطل اه أى بأن سد أحد فمه أو كان فى الصلاة منح ، ولا تنس ماقدمناه عن الخانية من أن الإشهاد غير شرط فيه أيضا (قوله ويبطلها تسليمها) قال فى التاترخانية إذا قال سلمت شفعة هذه الدار صح وإن لم يعين أحدا ، وكذا لو قال للبائع سلمت لك شفعتها ولو بعد قبض المشترى استحسانا لأن معناه لأجلك ، وكذا لو قال للوكيل ولو بعد الدفع إلى الموكل استحسانا ، ولو قال لأجنبى ، فإن مسبوقا بكلام كقوله سلم لهذا المشترى فقال الشفيع سلمها لك صح ، ولو ابتداء كلام فلا ، وإذا سلم الجار مع قيام الشريك صح ، فإن سلم الشريك بعده ليس للجار الأخذ اه ملخصا . وفى المجمع ولا يجعل أى أبو يوسف قول الشفيع آخذ نصفها تسليما وخالفه محمد ، والأول أصح ابن ملك عن المحيط (قوله علم بالسقوط أولا) قال فى المنح لأنه لايعذر بالجهل بالأحكام فى دار الإسلام اه : والأوضح أن يذكره فيما إذا سكت لأنه هو الذى يتوهم كون الجهل فيه عذرا ، أما عند التسليم منه فلا وجه له ط .

قلت : فالمناسب مافى التاترخانية علم بوجوب الشفعة أولا وعلم من سقط إليه هذا الحق أولا (قوله لاقبله كما مر) لم أره فيما مر صريحا (قوله خلافا لمحمد) حيث أبطل التسليم وجعل للصغير أخذها بعد البلوغ

فيما بيع بقيمته أو أقل ملتقى :

(الوكيل بطلبها إذا سلم) الشفعة (أو أقر على الموكل بتسليمه) الشفعة (صح) لو كان التسليم أو الإقرار (عند القاضي) وإلا لم يصح ، لكنه يخرج من الخصومة وسكوت من يملك التسليم تسليم (و) يبطلها (صلحه منها على عوض) أي غير المشفوع لما يأتي (وعليه رده) لأنه رشوة (و) يبطلها (بيع شفعته لمال) ولا يلزم المال وكذا الكفالة بالنفس بخلاف القود ، ولو صالح على أخذ نصف الدار ببعض الثمن صح ، ولو صالح على أخذ بيت بحصته من الثمن لا لجهالة الثمن عند الأخذ ، ولا تسقط شفعته .

(و) يبطلها (موت الشفيع قبل الأخذ بعد الطلب أو قبله) ولا تورث خلافا للشافعي ، ولو مات بعد القضاء لم تبطل (لا) يبطلها (موت المشتري) لبقاء المستحق (و) يبطلها (بيع ما يشفع به قبل القضاء بالشفعة

وعلى هذا الخلاف إذا بلغهما شراء دار بجوار دار الصبي فلم يطلبا ابن ملك (قوله فيما بيع بقيمته أو أقل) فلو بأكثر مما لا يتغابن الناس في مثله جاز التسليم اتفاقا والأصح أنه لا يجوز اتفاقا لأنه لا يملك الأخذ فلا يملك التسليم ابن ملك ، ومقتضاه أنه لو سلم فيما بيع بأكثر ثم بلغ الصبي له الطلب (قوله وإلا لم يصح) هذا قولهما وقول أبي يوسف الأول . وقال آخرا : يصح مطلقا كما في التاترخانية . وفيها عن الولوالجية تسليم الشفعة من الوكيل صحيح وإن لم تكن الدار في يده عندهما ، وعليه الفتوى خلافا لمحمد (قوله وسكوت من يملك التسليم تسليم) ومنه الأب والوصي كما قدمنا آنفا ، ولا تنس ماقدمناه عن الخانية وفتاوى المصنف أن الشفيع إذا سمع بالبيع فسكت لا تبطل شفعته مالم يعلم المشتري والثمن كالبكر إذا استؤمرت (قوله ويبطلها صلحه منها على عوض الخ) لأنها ليست بحق متقرر في المحل بل مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ، ولا يتعلق إسقاطه بالجائز من الشروط فبالفاسد أولى فيبطل الشرط ويصح الإسقاط هداية . وفي عدم جواز التعليق كلام سنذكره في الفروع إن شاء الله تعالى (قوله لما يأتي) أي بعد سطر ونصف ، وكان ينبغي ذكره هنا قبل مسألة البيع (قوله ويبطلها بيع شفعته بمال) قال في الهداية لما بينا ، وقال في النهاية بعد عزوه بطلانها إلى المبسوط أيضا : وفي الذخيرة : وإذا وهبها أو باعها لإنسان لا يكون تسليما لأن البيع لم يصادف محله والأول أصح اهـ ملخصا .

أقول : وفي الخانية الشفيع إذا باع الشفعة أو وهبها لإنسان بعد ماوجبت له لا تبطل لأنها لا تحتمل التمليك فلم يصادف محله اهـ . وظاهره حمل البطلان على ما إذا كان البيع قبل الوجوب لما فيه من ترك الطلب إلا أن يكون مبنيا على مقابل الأصح ، وتأمل هـذا مع ماذكره في المنح عن الخانية والمجتبى (قوله وكذا الكفالة) يعني إذا صالح الكفيل بالنفس المكفول له على مال تسقط الكفالة ولا يجب المال في رواية وهي الأصح ، وفي أخرى لا تبطل ولا يجب المال ، وتمامه في الكفاية وغاية البيان (قوله بخلاف القود) لأنه حق متقرر في المحل ، فإن نفس القاتل كانت مباحة في حق من له القصاص وبالصلح يحدث له العصمة في دمه فيجوز العوض بمقابلته معراج (قوله ولا تسقط شفعته) لأنه لم يوجد منه الإعراض عن الأخذ بالشفعة بخلاف مسألة المتن السابقة .

فالحاصل كما في النهاية أن صلح الشفيع مع المشتري على ثلاثة أوجه : في وجه يصح ، وفي وجه لا يصح ولا تبطل الشفعة ، وفي وجه تبطل ولا يجب المال (قوله ويبطلها موت الشفيع الخ) لأنها مجرد حق التملك وهو لا يبقى بعد موت صاحب الحق فكيف يورث درر (قوله ولو مات بعد القضاء لا تبطل) لما تقدم متنا أنها تملك بالأخذ بالتراضي وبقضاء القاضي (قوله لا موت المشتري) وكذا البائع خانية : ولا تباع في دين المشتري ووصيته ولو باعها القاضي أو الوصي أو أوصى المشتري فيها بوصية فللشفيع أن يبطله ويأخذ الدار لتقدم حقه ولهذا ينقض تصرفه في حياته هداية (قوله ويبطلها بيع مايشفع به) أي كله لما في الخانية : الشفيع بالجوار إذا باع الدار التي

مطلقا) علم ببيعها أم لا ، وكذا لوجعل مايشفع به مسجدا أومقبرة أو وقفا مسجلا درر (ولوباع بشرط الخيار) لنفسه (لا) تبطل لبقاء السبب :

(و) يبطلها (شراء الشفيع من المشترى) ظن دونه أو مثله أخذها بالشفعة بالعقد الأول أو الثانى ، بخلاف ما لو اشتراها ابتداء حيث لاشفعة لمن دونه (وكذا) يبطلها (إن استأجرها أو ساومها) بيعا أو إجارة ملتقى (أو طلب منه أن يوليه) عقد الشراء (أو ضمن الدرك) مستدرك لما مر آنفا ، فتبطل فى الكل لدليل الإعراض زيلعى :

(قيل للشفيع إنها بيعت بألف فسلم ثم علم أنها بيعت بأقل أو ببر أو شعير أو عددى متقارب) (قيمته ألف أو أكثر فله الشفعة ، ولو بان أنها بيعت بدنانير) أو بعروض (قيمتها ألف فلا شفعة) والفرق بينهما أن هذا قيمى وذاك مثلى فربما يسهل عليه وإن كثر (ولو علم أن المشترى زيد فسلم ثم بان أنه بكر فله الشفعة ،

يستحق بها الشفعة إلا شقصا منها لاتبطل شفعته ، لأن مابقى يكفى للشفعة ابتداء فيكفى لبقائها اه (قوله علم ببيعها) أى بيع المشفوعة وقت بيعه مايشفع به (قوله وكذا) عطف على يبطلها : أى وتبطل بهذه الأشياء قبل القضاء بالشفعة لأنها بمنزلة الزائل عن ملكه كما فى الدرر (قوله أو وقفا مسجلا) ينبغى على القول بلزوم الوقف بمجرد القول أن تسقط به وإن لم يسجل شرنبلالية (قوله ولو باع الخ) أى الشفيع مايشفع به ، وأفاد أن المراد بقوله بيع مايشفع به البيع البات (قوله لبقاء السبب) هو اتصال ملكه بالمشفوعة لأن خيارالبائع يمنع خروج المبيع عن ملكه . وعبارة الهداية : لأنه يمنع الزوال فبقى الاتصال اه فافهم (قوله ويبطلها شراء الشفيع من المشترى) لأنه بالإقدام على الشراء من المشترى أعرض عن الطلب وبه تبطل الشفعة منح (قوله فلمن دونه) كما إذا كان شريكا وللمبيع جار (قوله بالعقدالأول أو الثانى) انظر ما كتبناه عن التاترخانية عندقول المصنف ويفسخ بحضوره (قوله بخلاف مالو اشتراها ابتداء) أى قبل أن يثبت له فيها حق الأخذ ، لأنه لم يتضمن إعراضا لإقباله على التملك وهو معنى الأخذ بالشفعة ، وإنما اشتراها لعدم التمكن من أخذها بطريق آخر زيلعى (قوله حيث لاشفعة لمن دونه) بل تكون له ولمن هو مثله كما أوضحناه قبيل هذا الباب (قوله إن استأجرها أو ساومها الخ) أى بعد علمه بالبيع معراج ، وقيد بضمير المشفوعة ، لما فى التاترخانية : اشترى داراً فساوم الشفيع داره وقد أشهد على طلبه فهوعلى شفعته (قوله أو طلب منه) أى طلب الشفيع من المشترى (قوله أن يوليه) أى يبيعه تولية وهى البيع بمثل الثمن الأول ح ، ومثل التولية المرابحة ط ، وكذا لو طلبها مزارعة أو مساقاة بعد علمه بالبيع إتقانى (قوله مستدرك بما مر آنفا) لم يمر فى هذا الباب المعقود للبطلان ، وقد مر قبيله ط (قوله قيمته ألف أو أكثر) وكذا لو أقل بالأولى كما فى العناية (قوله فله الشفعة) لأن التسليم كان لاستكثار الثمن فى الأول أو لعدم قدرته على الدراهم فى الثانى فلا يلزم منه التسليم منه (قوله قيمتها ألف) أى أو أكثر بالأولى ، بخلاف الأقل (قوله والفرق بينهما) أى بين العرض وبين البر والشعير ، والعددى المتقارب أن العرض قيمى والواجب فيه القيمة وهى دراهم أو دنانير فلا يظهر فيه التيسير ، وذاك مثلى يؤخذ بمثله فربما يسهل عليه لعدم قدرته على الدراهم . وأما الفرق فى مسألة الدنانير فلأنهما كما فى العناية جنس واحد فى المقصود وهو الثمنية عندنا ومبادلة أحدهما بالآخر متيسرة عادة . وقال زفر له الشفعة لاختلاف الجنس :

[تنبيه] أخبر أن الثمن عروض كالثياب والعبيد فبان أنه مكيل أو موزون أو أخبر أنه مكيل أو موزون فبان أنه جنس آخر منه فهو على شفعته ، وإن بان أنه جنس آخر من عروض أو فضة أو ذهب كقيمة مابلغه فلا شفعة

ولو علم أن المشترى هومع غيره كان له أخذ نصيب غيره) لعدم التسليم فى حقه (ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم بلغه شراء الكل ، فله الشفعة فى الكل وفى عكسه) بأن أخبر بشراء الكل فسلم ثم ظهر شراء النصف (لاشفعة له على الظاهر) لأن التسليم فى الكل تسليم فى كل أبعاضه بخلاف عكسه.

ثم شرع فى الحيل فقال (وإن باع) رجل (عقارا إلا ذراعا) مثلا (فى جانب) حد (الشفيع فلاشفعة) لعدم الاتصال والقول بأن نصب ذراعا سهو سهو (وكذا) لاشفعة (لو وهب هذا القدر للمشترى) وقبضه (وإن ابتاع سهما منه بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار فى السهم الأول فقط) والباقى للمشترى لأنه شريك.

لعدم الفائدة زيلعى (قوله ولو علم أن المشترى هو مع غيره) الأنسب ولو بان كما لايخفى ح (قوله لاشفعة له) قال فى الذخيرة : هذا محمول على ما إذا كان ثمن النصف مثل ثمن الكل بأن أخبر بشراء الكل بألف فسلم فظهر أنه اشترى النصف بالألف ، فلو ظهر بخمسمائة فهو على شفعته جوهرة ، وعبر عنه الزيلعى بقيل (قوله على الظاهر) أى ظاهر الرواية ، قال فى العناية : احترازا عما روى عن أبى يوسف على عكس هذا لأنه قد يتمكن من تحصيل ثمن النصف دون الجميع ، وقد تكون حاجته إلى النصف لتتم به مرافق ملكه (قوله إلا ذراعا مثلا) أى مقدار عرض ذراع أو شبر أو أصبع وطوله تمام مايلاصق دار الشفيع درر (قوله لعدم الاتصال) استشكل السائحانى هذه الحيلة بما نقله الشرنبلالى عن عيون المسائل : دار كبيرة ذات مقاصير باع منها مقصورة فلجار الدار الشفعة لأن المبيع من جملة الدار وجار الدار جار المبيع وإن لم يكن متصلا به اهـ . أقول : المشكل مافى العيون لاما هنا تأمل (قوله والقول) مبتدأ وسهو الثانى خبره ، وهذا ردّ على صاحب الدرر حيث قال : وكذا لاتثبت فيما بيع إلا ذراع ، ومافى الوقاية من قوله إلا ذراعا بالنصب كأنه سهو اهـ . وأجاب عنه فى العزمية بأنه مستثنى من مالا من ضمير بيع ، فالنصب على التبعية باعتبار محل المجرور والتبعية لضمير بيع تقتضى الرفع لأنه كلام تام غير موجب اهـ ملخصا.

أقول : أما النصب فى عبارة المصنف فواجب بلا شبهة لأنه استثناء من كلام تام موجب . وأما فى عبارة الوقاية والدرر فكذلك ، والاستثناء من ضمير بيع لا من الموصول وهو من كلام تام موجب أيضا لأن النفى غير متوجه إليه ، يوضحه لو أهانك جماعة إلا زيدا منهم فقلت لا أكرم من أهانونى إلا زيدا على أن زيدا مستثنى من الواو ولا من الموصول وجب فيه النصب لأنه مستثنى من الواو قبل دخول النفى ، لأن المعنى من أهانونى إلا زيدا لا أكرمهم وصار زيد كالمسكوت عنه فى حصول الإكرام له وعدمه ، ولو جعلته مستثنى من الموصول بأن كان من المهينين أيضا جاز فيه النصب والرفع لأنه من كلام تام غير موجب وصار محكوما عليه بالإكرام قطعا. وعبارة الدرر من قبيل الأول ، لأن المعنى ما بيع إلا ذراعا لا شفعة فيه ، ولو كان الذراع مستثنى من الموصول لكان المعنى أن الشفعة تثبت فيه ولا يخفى فساده ، فاغتنم هذا التحرير فى هذا المقام فقد زل فيه كثير من الأفهام (قوله لو وهب هذا القدر) أى الذراع مثلا ، والظاهر أن المراد وهبه بعد بيع ما عدا هذا القدر بقرينة قوله للمشترى: ومثله ما لو باعه له لأنه صار شريكا فى الحقوق فلاشفعة للجار ، وعلى هذا فليست هذه حيلة ثانية بل من تتمة الأولى ويحتمل أن الهبة قبل البيع ، فقوله للمشترى من مجاز الأول ، فيشترط فى الهبة أن لا تكون بعوض مشروط عليه فهى حيلة ثالثة تأمل (قوله فالشفعة للجار فى السهم الأول فقط) قال فى المستصفى : تأويل هذه المسألة إذا بلغه بيع سهم منها فرده ، أما إذا بلغه البيعان فله الشفعة ، والتعليل بقوله لأن الشفيع جار فيها إلا أن المشترى فى الثانى شريك فيقدم عليه يقتضى الإطلاق ، وعلى هـذا عبارة عامة الكتب كفاية (قوله لأنه شريك)

وحيلة كله أن يشترى الذراع أوالسهم بكل الثمن إلا درهما ثم الباقى بالباقى ،وليس له تحليفه بالله ما أردت به إبطال شفعتى ،وله تحليفه بالله إن البيع الأول ماكان تلجئة مؤيد زاده معزيا للوجيز (وإن ابتاعه بثمن) كثير (ثم دفع ثوبا عنه فالشفعة بالثمن لابالثوب) فلايرغب فيه، وهذه حيلة تعم الشريك والجار لكنها تضر بالبائع ،إذ يلزمه كل الثمن إذا استحق المنزل ، فالأولى بيع دراهم الثمن بدينار ليبطل الصرف إذا استحق :

وحيلة أخرى أحسن وأسهل وهى المتعارفة فى الأمصار ذكرها بقوله (وكذا لو اشترى بدراهم معلومة)

أى نظرا إلى ما قبل الأخذ منه . قال فى العناية : لأنه حين اشترى الباقى كان شريكا بشراء الجزء الأول ، واستحقاق الشفيع الجزء الأول لايبطل شفعة المشترى فى الجزء الثانى قبل الخصومة لكونه فى ملكه بعد فيتقدم على الجار اه :

قلت : ونظيره ما ذكره الإتقانى إذا اشترى دارا لصيق داره ثم باع داره الأولى ثم حضر جار آخر للثانية يقضى له بالنصف (قوله وحيلة كله) أى حيلة منع الشفعة فى كل العقار أى لأنه وإن ثبت له الشفعة فى السهم الأول ، لكنه إذا رآه بيع بمعظم الثمن تقل رغبته فيمتنع عن أخذه ، ولا يخفى أن الأولى حيلة كله أيضا لأن مشترى الذراع صار شريكا فى الحقوق فيقدم على الجار كما قدمناه فكلامه بالنظر إلى الثانية فقط (قوله أن يشترى الذراع أو السهم) أى يشترى جزءا معينا كذراع مثلا من أى جهة كانت أو جزءا شائعا كتسع أو عشر :

أقول : وأما ما وقع فى كلامهم من حمل الذراع على المذكور فى الحيلة الأولى ففيه نظر لاستقلاله فيها بمنع الشفيع عن الكل بلا توقف على كثرة الثمن فافهم :

واعلم أن هذه الحيلة لتقليل رغبة الشفيع كما قدمناه، والأولى لإبطال شفعته، وأن هذه الحيلة مضرة للمشترى لو كانت الدار لصغير لعدم جواز بيع الباقى بالباقى لما فيه من الغبن الفاحش فيلزم المشترى السهم بالثمن الكثير ، ولا يجوز شراؤه للباقى كما فى غاية البيان :

[فائدة] إذا خاف أحدهما أن لايوفى صاحبه يشترط الخيار لنفسه ثلاثة أيام ، فإذا لم يوف له فى المدة فسخ فيها وإن خافا شرط كل منها الخيار لنفسه ثم يجيزان معا ، وإن خاف كل منهما إذ أجاز أن لا يجيز صاحبه يوكل كل منهما وكيلا ويشترط عليه أن يجيز بشرط أن يجيز صاحبه زيلعى بزيادة (قوله وليس له تحليفه الخ) سيأتى آخر الباب تحقيق ذلك بما لامزيد عليه إن شاء الله تعالى (قوله ما كان تلجئة) بيع التلجئة : هو أن يظهرا عقدا وهما لايريدانه يلجىء إليه خوف عدوه وهو ليس ببيع فى الحقيقة ، بل كالهزل كما تقدم قبيل كتاب الكفالة ح (قوله وإن ابتاعه) أى ابتاع العقار كما يظهر من كلام الشرح ، ولامانع من إرجاع الضمير إلى السهم تأمل (قوله بثمن كثير) كأضعاف قيمته (قوله ثم دفع ثوبا عنه) أى دفع عن ذلك الثمن الكثير أى بدله ثوبا قيمته كقيمة المبيع (قوله لا بالثوب) لأن الثوب عوض عما فى ذمة المشترى فيكون البائع مشتريا للثوب بعقد آخر غير العقد الأول زيلعى (قوله فلا يرغب) أى الشفيع فى ذلك المبيع لكثرة الثمن ، وأشار إلى أن هذه الحيلة لا تبطل شفعته إذ لو رضى بدفع ذلك الثمن له الأخذ ، بخلاف الحيلة الأولى كما قدمناه (قوله وهذه حيلة تعم الشريك والجار) أى بخلاف ما قبلها فإنهما لا يحتال بهما فى حق الشريك ، أما الأولى فظاهر ، وأما الثانية فلأن للشريك أخذ نصف الباقى بنصف الباقى من الثمن القليل (قوله لكنها تضر بالبائع) الأولى قد تضر (قوله إذ يلزمه كل الثمن الخ) لوجوبه عليه بالبيع الثانى ثم براءته ، كأن حصلت بطريق المقاصة بثمن العقار ، فإذا استحق بطلت المقاصة زيلعى (قوله بدينار) الأولى بدنانير بقدر قيمة العقار كما عبر الزيلعى (قوله ليبطل الصرف إذا استحق) لأنه يكون صرفا بما فى ذمته من الدراهم ، فإذا استحق العقار تبين أن لا دين على المشترى فيبطل الصرف للافتراق قبل

بوزن أو إشارة (مع قبضة فلوس أشير إليها وجهل قدرها وضيع الفلوس بعد القبض) فى المجلس لأن جهالة الثمن تمنع الشفعة درر .

قلت : ونحوه فى المضمرات ، وينبغى أن الشفيع لو قال أنا أعلم قيمة الفلوس وهى كذا أن يأخذ بالدراهم وقيمتها ، كما لو اشترى دارا بعرض أو عقار للشفيع أخذها بقيمته كما مر قاله المصنف ، ثم نقل عن مقطعات الظهيرية ما يوافقه .

قلت : ووافقه فى تنوير البصائر ، وأقره شيخنا ، لـكن تعقبه ابنه فى زواهر الجواهر بأنه مخالف للأول ، وما فى المتون والشروح مقدم على ما فى الفتاوى كما مر مرارا اه .

القبض فيجب رد الدنانير لا غير زيلعى (قوله مع قبضة فلوس الخ) القبضة بالفتح وضمه أكثر : ما قبضت عليه من شىء قاموس ، ومثلها الخاتم المعلوم العين المجهول المقدار كما فى المنح (قوله أشير إليها) قيد به ليصح إلحاقها بالثمن ، وبقوله وجهل قدرها لتسقط الشفعة ، وبقوله وضيع الخ لئلا يمكن للشفيع معرفتها ، ولذا زاد فى المجلس أخذا من قول المنح عن المضمرات ثم يستهلـكه من ساعته فافهم (قوله عن مقطعات الظهيرية) أى من كتاب الشفعة ، وعادته التعبير عن المتفرقات بالمقطعات ، ولم يذكر فى المنح لفظ مقطعات بل ذكره الرملى ، ونص ما فيها : اشترى عقارا بدراهم جزافا واتفق المتبايعان على أنهما لا يعلمان مقدار الدراهم وقد هلك فى يد البائع بعد التقابض فالشفيع كيف يفعل ؟ قال القاضى الإمام عمر بن أبى بكر : يأخذ الدار بالشفعة ثم يعطى الثمن على زعمه إلا إذا أثبت المشترى زيادة عليه اه .

أقول : وهذا مشكل ، إذ كيف يحل له الأخذ جبرا على المشترى بمجرد زعمه مع أن الشفيع إنما له الأخذ بما قام على المشترى من الثمن ، اللهم إلا أن يكون عالما بقدره بقرينة قوله إلا إذا أثبت المشترى زيادة عليه فإنه يدل على أن الثمن علم قبل هلاكه فتأمل (قوله وأقره شيخنا) أى الخير الرملى فى حاشية المنح وفى فتاواه الخيرية (قوله لـكن تعقبه ابنه) ابن المصنف (قوله بأنه مخالف للأول) أى ما فى المتن .

أقول : لا مخالفة ، بل غايته أنه تخصيص لإطلاق الأول لأنه ليس فيه أن هذه الحيلة باطلة بل أن صحتها مبنية على ما إذا وافقهما الشفيع على عدم معرفة الفلوس ، فإن كان يعلمها وادعى ذلك فقد بطلت الحيلة لعدم الجهالة المانعة من حكم الحاكم ، ويدل على هذا التخصيص نفس كلام المضمرات حيث علل السقوط بها بأن الشفيع يأخذ المبيع بمثل الثمن أو قيمته ، وهنا يعجز القاضى عن القضاء بهما جميعا بسبب الجهالة .

وقال الرملى : ظاهر ما فى الظهيرية أن الشفيع لا يحلف على ما زعم ، لأن المتبايعين لم يدعيا قدرا معينا أنـكره الشفيع بل اتفقا على أنهما لا يعلمان قدر الثمن ، فلا يقال إنه منـكر فلا يحلف . وبهذا علم أن هذه الحيلة إنما تتم لو وافقهما الشفيع على عدم المعرفة ، ويشير إليه قولهم لتعذر الحـكم فتأمل اه وهو عين ما قلناه (قوله وما فى المتون) كالغرر والشروح كالمضمرات فإنه شرح على القدورى ، وقوله مقدم خبر ما وذلك لأن مسائل المتون هى المنقولة عن أئمتنا الثلاثة أو بعضهم وكذلك الشروح ، بخلاف ما فى الفتاوى فإنه مبنى على وقائع تحدث لهم ويسألون عنها وهم من أهل التخريج فيجيب كل منهم بحسب ما يظهر له تخريجا على قواعد المذهب إن لم يجد نصا ولذا ترى فى كثير منها اختلافا ، ومعلوم أن المنقول عن الأئمة الثلاثة ليس كالمنقول عمن بعدهم من المشايخ ولا يخفى عليك أن مسألتنا هذه ليست كذلك فإنها لم تذكر فى المتون التى شأنها كذلك كمختصر القدورى والهداية والـكنز والوقاية والنقاية والمجمع والملتقى والمواهب والإصلاح . وقد قال فى المنح : ولم أقف على هذه الحيلة فى غير الـكتاب المذكور يعنى الدرر والغرر ثم رأيتها فى المضمرات اه . وذكرها فى المضمرات لا يدل على أنها

وقدمنا أنه لاشفعة فيما بيع فاسدا ولو بعد القبض لاحتمال الفسخ نعم إذا سقط الفسخ بالبناء ونحوه وجبت والله أعلم .

(تكره الحيلة لإسقاط الشفعة بعد ثبوتها وفاقا) كقوله للشفيع اشتره مني ذكره البزازي . وأما الحيلة لدفع ثبوتها ابتداء ، فعند أبي يوسف لا تكره ، وعند محمد تكره ، ويفتى بقول أبي يوسف في الشفعة قيده في السراجية بما إذا كان الجار غير محتاج إليه ، واستحسنه محشي الأشباه (وبضده) وهو الكراهة (في الزكاة) والحج وآية السجدة جوهرة (ولا حيلة) موجودة في كلامهم (لإسقاط الحيلة) بزازية . قال : وطلبناها كثيرا فلم نجدها .

(إذا اشترى جماعة عقارا والبائع واحد يتعدد الأخذ بالشفعة بتعددهم فللشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم ويترك الباقي وبعكسه) وهو ما إذا تعدد البائع واتحد المشتري (لا) يتعدد الأخذ ، بل يأخذ الكل أو يترك

منقولة عن أئمة المذهب حتى تترجح على ما في الفتاوى ، كيف وكثير من الشروح كالنهاية وغيرها ينقلون عن أصحاب الفتاوى فيحتمل أنه نقلها عنهم أيضا فتأمل منصفا (قوله وقدمنا الخ) هذه ذكرها الرملي عن حاوي الزاهدي من جملة الحيل .

أقول : ولا شبهة في أنه لايحل فعلها وأنها مضرة لفاعلها في دينه بمباشرة العقد الفاسد وفي دنياه إذا طلب الشفيع بعد ما سقط الفسخ ببناء ونحوه (قوله ذكره البزازي) أقول : ما اقتصر عليه البزازي لايصلح مسقطا ، إذ لو سكت الشفيع أو قال لا أشتري لاتسقط شفعته . وعبارة النهاية : وذلك أن يقول المشتري للشفيع أنا أبيعها منك بما أخذت فلا فائدة لك في الأخذ فيقول الشفيع نعم أو يقول اشتريت فتبطل شفعته اه .

أقول : ومنها أن يشتري منه الشفعة أو يصالحه عليها بمال فإنها تبطل ويسترد المال كما تقدم (قوله ويفتى بقول أبي يوسف في الشفعة) بل نقل في النهاية أن منهم من قال إنه لاخلاف فيها . وفي البزازية : وإن قبل الثبوت لابأس به عدلا كان يعني الشفيع أو فاسقا في المختار لأنه ليس بإبطال (قوله واستحسنه محشي الأشباه) هو العلامة شرف الدين الغزي في تنوير البصائر ، حيث قال وينبغي اعتماد هذا القول لحسنه اه ط (قوله في الزكاة والحج وآية السجدة) كأن يبيع السائمة بغيرها قبل الحول أو يهب لابنه المال قبله أو قبل أشهر الحج أو يقرأ سورة السجدة ويدع آيتها .

قال ط : قلت : أو يقرأها سرا بحيث لايسمع نفسه على المشهور اه أي من أن المعتبر إسماع نفسه لا مجرد تصحيح الحروف (قوله لإسقاط الحيلة) أي في الشفعة ، أما في غيرها فقد وجد كما بينه البيري (قوله قال) أي في البزازية .

أقول : أصل هذا الكلام لصاحب الظهيرية عن والده ، وذكر الرحمتي أن ما تقدم من أن له أن يحلفه أن البيع الأول ماكان تلجئة ، وكذا قوله أنا أعلم قيمة الفلوس يصلح حيلة لإسقاط الحيلة .

مطلب لاشفعة للمقر له بدار(١)

[تتمة] رأيت بخط شيخ مشايخنا منلا علي عن جواهر الفتاوى ما حاصله : أقر بسهم من الدار ثم باع منه البقية لا شفعة للجار ، ذكره الخصاف وأنكره الخوارزمي ، والمذهب ما قاله ، فالرواية منصوصة فيمن أقر بدار لآخر وسلمها ، ثم بيعت دار بجنبها لا شفعة للمقر له في قول أبي حنيفة ومحمد خلافا لأبي يوسف اه أي لأن الإقرار حجة قاصرة ، ومقتضاه أن لا شفعة للمقر أيضا مؤاخذة له بإقراره تأمل (قوله والبائع واحد)

---

(١) وفي المنتقى عن أبي يوسف : رجل في يده دار فقال الشفيع بعد بيع الدار التي فيها الشفعة داري هذه لفلان وقد بعتها منه منذ سنة وقال هذا في وقت يقدر على أخذ الشفعة لو طلبها لنفسه ، قال : لاشفعة له ولا للمقر له تاترخانية اه منه .

لأن فيه تفريق الصفقة على المشترى، بخلاف الأول لقيام الشفيع مقام أحدهم فلم تتفرق الصفقة بلا فرق بين كونه قبل القبض أو بعده سمى لكل بعض ثمنا أو سمى للكل جملة ، لأن العبرة لاتحاد الصفقة لا لاتحاد الثمن :

واعلم أنه لو طلب الحصة فهو على شفعته ، ولو اشترى دارين أو قريتين بمصرين صفقة أخذهما شفيعها معا أو تركهما لا أحدهما ولو إحداهما بالمشرق والأخرى بالمغرب شرح مجمع ويأتى (والمعتبر فى هذا) أى العدد والاتحاد (العاقد) لتعلق حقوق العقد به (دون المالك) فلو وكل واحد جماعة فللشفيع أخذ نصيب بعضهم :

(اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسم) المشترى (البائع أخذ الشفيع نصيب المشترى الذى حصل له بالقسمة) وإن وقع فى غير جانبه على الأصح (وليس له) أى للشفيع (نقضها مطلقا) سواء قسم بحكم

أقول : فلو تعدد كل من البائع والمشترى لم أره ، والظاهر أنه كذلك لا كالعكس كما يفيده التعليل الآتى وليراجع (قوله لأن فيه تفريق الصفقة على المشترى) أى فيتضرر بعيب الشركة . وفى الكفاية عن الذخيرة : لو اشترى نصيب كل بصفقة فللشفيع أخذ نصيب أحدهم لأن المشترى رضى بهذا العيب حيث اشترى نصيب كل بصفقة اه ثم بين ما تتفرق به الصفقة وما تتحد فراجعه (قوله لقيام الشفيع الخ) ولأن الجار متعدد فله أن يرضى بأحدهم دون غيره ، أما إذا رضى بجوار المشترى فى نصيب واحد فقد رضى أيضا فى نصيب آخر لعدم تجزىء جوار الواحد درر البحار (قوله بلا فرق الخ) هو الصحيح إلا أن قبل القبض لا يمكنه أخذ نصيب أحدهم إذا نقد ما عليه ما لم ينقد الآخر حصته كى لا يؤدى إلى تفريق اليد على البائع بمنزلة أحد المشترين هداية أى إذا نقد ما عليه من الثمن لا يقبض نصيبه من الدار حتى يؤدى المشترون ما عليه من الثمن وكذا الشفيع (قوله قبل القبض أو بعده) أى قبض المشترى الدار معراج (قوله فهو على شفعته) أى فى الباقى ، وقيل بطلت قهستانى : وفى التاترخانية : وإذا كان المشترى واحدا والبائع اثنين وطلب الشفيع نصيب أحدهما مع أنه ليس له أن يأخذه هل يكون على شفعته ؟ ذكر فى الأصل نعم . قال بعضهم : هذا محمول على ما إذا كان بعد طلب المواثبة وطلب الإشهار فى الكل فلو طلب فى النصف أولا بطلت . وقال بعضهم على إطلاقه اه :

قلت : يؤيد الأول ما قدمه الشارح قبيل باب الطلب عن الزيلعى من أن شرط صحتها أن يطلب الكل ، وبه يتأيد ما ذكرناه هناك من التوفيق بينه وبين قول المجمع ولا يجعل قوله آخذ نصفها تسليما فتدبر (قوله لا أحدهما) وقال زفر : له شفعة أحدهما ، قيل والفتوى على قوله ، وقيد بمصرين لما فى الحقائق لو كانا فى مصر واحد ، فقوله كقولنا : وفى الصفى والإيضاح أنه قيد اتفاقى وبصفقة إذ لو بيعتا بصفقتين له أخذ أيهما شاء اتفاقا وبكونه شفيعا لهما ، إذ لو كان شفيعا لأحدهما يأخذ التى هو شفيعها اتفاقا ، لأن الصفقة وإن اتحدت فقد اشتملت على ما فيه الشفعة ، وعلى ما ليست فيه حكم بها فيما تثبت فيه أداء لحق العبد كذا فى درر البحار وشرح المجمع (قوله ويأتى) أى عن النظم الوهبانى (قوله فلو وكل واحد جماعة) أى بالشراء فاشتروا له عقارا واحدا بصفقة واحدة أو متعددة زيلعى ، وتمام التفريع ولو وكل جماعة واحدا به ليس للشفيع أخذ نصيب بعضهم (قوله فللشفيع الخ) هذا إذا وكل كلا فى نصيب ، وأما إذا وكل كلا فى شراء الجميع فلا شفعة إلا فى الجميع فليتأمل ط :

أقول : هذا مقبول للنفس لو لم يخالفه ما نقلناه آنفا عن الزيلعى فتأمل (قوله وإن وقع فى غير جانبه) وعن أبى حنيفة أنه يأخذه إذا وقع فى جانب الدار التى يشفع بها لأنه لا يبقى جارا فيما يقع فى الجانب الآخر هداية

أو رضا على الأصح لأنها من تمام القبض، حتى لو قاسم الشريك كان للشفيع النقض كما ذكره بقوله (بخلاف ما إذا باع أحد الشريكين نصيبه من دار مشتركة وقاسم المشترى الشريك الذى لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه) كنقضه بيعه وهبته (كما لو اشترى اثنان دارا وهما شفيعان ثم جاء شفيع ثالث بعد ما اقتسما بقضاء أو غيره فله) أى للشفيع (أن ينقض القسمة) ضرورة صيرورة النصف ثلثا شرح وهبانية.

(اختلف الجار والمشترى فى ملكية الدار التى يسكن فيها) الشفيع الذى هو الجار (فالقول للمشترى) لأنه ينكر استحقاق الشفعة (وللجار تحليفه) أى تحليف المشترى (على العلم عند أبى يوسف وبه يفتى، كما لو أنكر المشترى طلب المواثبة) فإنه يحلف على العلم (وإن أنكر) المشترى (طلب الإشهاد عند لقائه حلف) المشترى (على البتات) لأنه يحيط به علما دون الأول حاوى الزاهدى، ولو برهنا فبينة الشفيع أحق: وقال أبو يوسف: بينة المشترى.

[فروع] باع ما فى إجارة الغير وهو شفيعها، فإن أجاز البيع أخذها بالشفعة وإلا بطلت الإجارة، وإن ردها شرى لطفله والأب شفيع له

(قوله أو رضا على الأصح) وعن أبى حنيفة: لو بغير قضاء له النقض إتقانى (قوله لأنها من تمام القبض) لما عرف أن قبض المشاع فيما يحتمل القسمة قبض ناقص كفاية (قوله حتى لو قاسم) أى المشترى وهو تفريع على التعليل بكون القسمة من تمام القبض أفاده ط (قوله حيث يكون للشفيع نقضه) لأن هذه القسمة لم تجر بين العاقدين فلا يمكن جعلها قبضا بحكم العقد فجعلت مبادلة، وللشفيع أن ينقض المبادلة كفاية (قوله كما لو اشترى الخ) تشبيه فى النقض ط (قوله وللجار تحليفه على العلم) لأنه تحليف على فعل غيره منح فيقول لا أعلم أنه مالك لما يشفع به (قوله فإنه يحلف على العلم) موافق لما فى التاترخانية عن فتاوى أبى الليث، وهو محمول على ما إذا قال الشفيع علمت أمس وطلبت فإنه يكلف إقامة البينة، فإن لم يقمها حلف المشترى، أما لو قال طلبت حين علمت أى ولم يسنده لما مضى فالقول له بيمينه كما فى الدرر والخانية والبزازية فيحصل التوفيق، أفاده الرملى وقدمناه (قوله عند لقائه) قيد به لأنه لو أنكر طلب الإشهاد عند لقاء البائع أو عند الدار حلف على العلم لعدم إحاطة العلم اهـ ح (قوله فبينة الشفيع أحق) لأنها تثبت الأخذ والبينات للإثبات ط (قوله وهو) أى الغير الذى هو المستأجر (قوله أخذها بالشفعة) لوجود سببها وبطلان الإجارة (قوله وإلا بطلت الإجارة وإن ردها) عبارة الأشباه بأن ردها(١) وعزا المسألة إلى الولوالجية: قال الحموى: وفيه نظر لأن عدم إجازة البيع لا يوجب بطلان الإجارة، والذى فى الولوالجية: ولو لم يجز البيع ولكن طلب الشفعة أبطلت الإجارة لأنه لا صحة للطلب إلا بعد بطلان الإجارة اهـ. فالصواب أن طلبها يعنى الشفعة اهـ ملخصا: وما فى الولوالجية مذكور فى الخانية والقنية والهندية عن المحيط. قال ط: وأفاد هذا أن له الأخذ بالشفعة لنفاذ البيع بين المتعاقدين، وحينئذ فلا فرق بين أن يجيز ويطلب أو يطلب الشفعة فقط، والعبارة لا تخلو عن ركاكة اهـ أى لإيهامها أن لا شفعة له إن طلب فقط مع أن له الشفعة كما صرح به فى الخانية.

أقول: المسألة مسوقة فى الولوالجية وغيرها لبيان الفرق بينها وبين ما إذا باع دارا على أن يكفل الشفيع الثمن فكفل لا شفعة له. والفرق أنه لما كانت الكفالة شرطا فى البيع صار جوازه مضافا إليها وصار الشفيع بمنزلة البائع، أما هنا البيع جائز من غير إجازة المستأجر إلى آخر ما ذكروه.

---

(١) (قوله عبارة الأشباه بأن ردها) عبارة الأشباه إن ردها بدون باء.

الشفعة والوصى كالأب :
قلت : لكن فى شرح المجمع ما يخالفه فتنبه :
لو كانت دار الشفيع ملاصقة لبعض المبيع كان له الشفعة فيما لاصقه فقط ولو فيه تفريق الصفقة :
الإبراء العام من الشفيع يبطلها قضاء مطلقا لاديانة إن لم يعلم بها :

وحاصله أن للمستأجر الشفعة سواء أجاز البيع صريحا أو ضمنا بخلاف الكفيل ، فلا ركاكة فى كلامهم بعد الوقوف على مرامهم فافهم (قوله الشفعة) فيقول اشتريت وأخذت بالشفعة فتصير الدار له ولايحتاج إلى القضاء خانية ، وقيده فى النهاية والمعراج بما إذا لم يكن فيه للصبى ضرر ظاهر كما فى شرائه مال ابنه لنفسه (قوله والوصى كالأب) أى على قول من يقول للوصى شراء مال اليتيم لنفسه ، وعلى قول من يقول لايملك ذلك فله الشفعة أيضا ، لكن يقول اشتريت وطلبت الشفعة ثم يرفع الأمر إلى القاضى لينصب قيما عن الصغير فيأخذ الوصى منه بالشفعة ويسلم الثمن إليه ثم هو يسلم الثمن إلى الوصى ولوالجية وخانية وقنية (قوله لكن فى شرح المجمع مايخالفه) حيث قال : وقيد بالأب لأن الوصى لايملك أخذها لنفسه اتفاقا ، لأن ذلك بمنزلة الشراء ولا يجوز للوصى أن يشترى مال اليتيم لنفسه بمثل القيمة اهـ ومثله فى درر البحار والخانية أيضا فى موضع آخر لكن بلا ذكر الاتفاق :
ويمكن التوفيق بأنه ليس له ذلك بلا رفع إلى القاضى ونصب قيم ، لكن فى خزانة الأكمل أن الوصى يطلب ويشهد ويؤخر الخصومة لبلوغ الصغير ، وهو ما يأتى عن المنظومة الوهبانية ، وبه وفق الطرسوسى فحمل مامر آنفا على نفى طلب التملك للحال كما نقله الشرنبلالى .
أقول : وينبغى أن يكون لزوم التأخير المذكور إذا لم يرفع الأمر إلى القاضى ، وبه يوفق بين ما فى الخزانة وما قدمناه عن الولوالجية وغيرها :
هذا : وقد ذكر فى النهاية والمعراج وتبعهما الزيلعى تفصيلا آخر ، وهو أن الوصى له الأخذ إذا كان فيه للصغير نفع ظاهر بأن كان فى الشراء غبن يسير وإلا بأن وقع الشراء للصغير بمثل القيمة فلا بالاتفاق ، كما فى شرائه مال صغير لنفسه اهـ ملخصا . ومثله فى الذخيرة والتاترخانية ، وعليه يحمل ما قدمناه من النقول السابقة أيضا :
والذى تحرر من هذا كله أن للوصى الشفعة إن كان ثمة نفع ظاهر للصغير بشرط أن يرفع الأمر إلى القاضى وإلا يؤخر الخصومة إلى البلوغ وإن لم يكن فيه نفع ظاهر فلا ، فاغتنم هذا التوفيق المفرد بين كلامهم المبدد (قوله لبعض المبيع) كذا فى الأشباه ، ومعناه إذا كان المبيع متعددا كدارين له جوار بإحداهما كما ذكره الحموى وغيره ؛ وقدمنا عن الإتقانى : لو كان أحد الجارين ملاصقا للمبيع من جانب والآخر من ثلاث فهما سواء فتنبه :
وفى البزازية : قرية خاصة باعها بدورها وناحية منها تلى أرض إنسان فللشفيع أخذ الناحية التى تليه اهـ أى لأنها فى حكم المتعدد تأمل (قوله الإبراء العام من الشفيع) كما إذا قال له البائع أو المشترى أبرئنا من كل خصومة لك قبلنا ولوالجية (قوله مطلقا) أى سواء علم أنه وجبت له قبلهما شفعة أولا (قوله لا ديانة إن لم يعلم بها) قال فى زواهر الجواهر : هذا على قول محمد ، أما على قول أبى يوسف فيبرأ قضاء وديانة فى البراءة من المجهول وعليه الفتوى كما فى شرح المنظومة والخلاصة اهـ ح :
أقول : علل فى الولوالجية عدم البراءة ديانة بقوله لأنه لو علم بذلك الحق لم يبرئهما قال : ونظيره لو قال الآخر اجعلنى فى حل لايبرأ ديانة إذا كان بحال لو علم ذلك الحق لم يبرئه اهـ فتأمل . هذا واستشكل المسألة الحموى

إذا صبغ المشترى البناء فجاء الشفيع خير ، إن شاء أعطاه ما زاد الصبغ أو ترك :
أخر الجار طلبه لكون القاضى لايراها فهو معذور :
يهودى سمع بالبيع يوم السبت فلم يطلب لم يكن عذرا :
قلت : يؤخذ منه أن اليهودى إذا طلب خصمه من القاضى إحضاره يوم سبته فإنه يكلفه الحضور ولايكون سبته عذرا ، وهى واقعة الفتوى قاله المصنف :
قلت : وهى فى واقعات الحسامى :
ادعى الشفيع على المشترى أنه احتال لإبطالها يحلف : وفى الوهبانية خلافه :
قلت : وسنذكره لأن ابن المصنف فى حاشيته للأشباه أيده بما لامزيد عليه فليحفظ :

بما فى الظهيرية : لو قال إن لم أجئ بالثمن إلى ثلاثة أيام فأنا برىء من الشفعة فلم يجئ . قال عامة المشايخ : لاتبطل شفعته وهو الصحيح ، لأنها متى ثبتت بطلب المواثبة وتقررت بالإشهاد لا تبطل ما لم يسلم بلسانه اه وهو صريح فى أنها لا تبطل بالإبراء الخاص فبالعام أولى اه . واعترض بأنه لا معنى لهذا الاستشكال ، لأن غاية ما استفيد من الظهيرية أن الشفعة لايبطلها الإبراء العام فى الصحيح اه :

أقول : وفيه غفلة عن كون هذا المستفاد هو منشأ الإيراد . وقد يجاب عن الإشكال بأن مافى الظهيرية بعد استقرار الشفعة بالطلبين ، والظاهر أن مسألتنا فيما قبل ذلك فتأمل (قوله إذا صبغ المشترى الخ) مستدرك هو وما بعده بما تقدم فى باب الطلب أفاده ط (قوله أخر الجار طلبه الخ) قدمنا أنه مبنى على قول محمد المفتى به (قوله يهودى سمع الخ) الظاهر أنه قيد اتفاقى فليس الأحد عذرا للنصرانى ، ولكنه تخصيص اليهودى بالذكر أنهم نهوا عن الأعمال يوم السبت ولم تنه النصارى عنها يوم الأحد لكنه نسخ فى شرعنا حموى (قوله لم يكن عذرا) وكذا لوكان الشفيع فى عسكر الخوارج أو أهل البغى فخاف على نفسه أن يدخل فى عسكر العدل فلم يطلبها بطلت لأنه غير معذورخانية (قوله قاله المصنف) أى قبيل باب ماتثبت هى فيه أولا ح (قوله وسنذكره) أى كلام الوهبانية قريبا ح (قوله لأن ابن المصنف) الظاهر أنه علة للإعادة المفهومة من قوله وسنذكره فإنها تقتضى العناية والتأكيد ط (قوله أيده) حيث قال . أقول : ما ذهب إليه ابن وهبان أولى من جهة الفقه ، لأنه قال : كل موضع لو أقر به لايلزمه شىء لو أنكره لايحلف ، وهنا لو أقر بالحيلة لعدم ثبوتها ابتداء لايلزمه شىء فلا يحلف ، والحيلة لعدم ثبوتها(١) ابتداء لا تكره عند أبى يوسف : وعلى قوله الفتوى كما فى الدرر والغرر . وقال قاضى خان بعد ذكر جملة من الحيل المبطلة للشفعة : ففى هذه الصور ولو أراد الشفيع أن يحلف المشترى أو البائع بالله تعالى ما فعل هذا فرارا عن الشفعة لم يكن له ذلك لأنه يدعى شيئا لو أقر به لايلزمه اه :

أقول : والعبد الضعيف إلى ماذهب إليه ابن وهبان وأفاده العلامة فقيه النفس فخر الدين قاضى خان أميل :

أقول : وفى الولوالجية : ثم ذكر فى بعض كتب الشفعة عقب هذه الحيل وقال يستحلف المشترى بالله تعالى ما فعلت هذا فرارا من الشفعة ، ولا معنى لهذا لأنه يدعى عليه معنى لو أقر به لايلزمه شىء فكيف يستحلف اه كلام ابن المصنف فى الزواهر ح :

أقول وبالله التوفيق : ذكر فى الولوالجية أيضا أول الفصل الثالث تصدق بالحائط الذى يلى جاره على رجل بما تحته وقبضه ثم باع منه ما بقى فليس للجار شفعة ، فإن طلب يمين المشترى بالله تعالى مافعل الأول ضررا

---

(١) (قول الحاشية لعدم ثبوتها) أى الشفعة وهو متعلق بالحيلة اه منه .

تعليق إبطالها بالشرط جائز :

له دعوى فى رقبة الدار وشفعة فيها يقول هذه الدار دارى وأنا أدعيها ، فإن وصلت إلىّ وإلا فأنا على شفعتى فيها :

استولى الشفيع عليها بلا قضاء ، إن اعتمد على قول عالم لايكون ظالما

ولافرارا من الشفعة على وجه التلجئة له ذلك لأنه يدعى عليه معنى لوأقر به لزمه وهو خصم ، فإن حلف فلاشفعة وإلا ثبتت لأنه ثبت كونه جارا ملازقا اه . وقال الإمام قاضى خان بعد عبارته السابقة : لكن إن أراد تحليف المشترى أن البيع الأول ماكان تلجئة له ذلك لأنه ادعى عليه معنى لو أقر به يلزمه ، قال : وما ذكر فى الأصل أن الشفيع إذا أراد تحليفه أنه لم يرد به إبطال الشفعة كان له ذلك معناه إذا ادعى أن البيع كان تلجئة اه ومثله فى التجنيس والمزيد لصاحب الهداية ، وقدمه الشارح عن مؤيد زاده معزوا للوجيز ، وبه ظهر عدم المنافاة بين ماذكره الشارح هنا تبعا للأشباه وبين مايأتى عن الوهبانية ، وقدمنا أن بيع التلجئة هوأن يظهرا عقدا لايريد أنه الخ فيكون البيع باطلا :

هذا ، ولا يخفى أن المفهوم مما نقلناه أن المتعاقدين إن قصدا حقيقة البيع فرارا من الشفعة كان بيعا جائزا ، وإلا بل أظهراه للشفيع لم يكن جائزا لأنه تلجئة ولذا يجاب الشفيع إلى التحليف لوادعى الثانى دون الأول ، وليس فى كلامهم أن كل ما يحتال به لإبطال الشفعة يكون تلجئة وإلا بطل قولهم إنه ليس له أن يحلفه أنه ما فعل هذا فرارا من الشفعة الخ ، فمن استشكل ذلك وقال : لم أر من تعرض لذكره ثم أجاب بما لا يجدى فقد خفى عليه المرام ، فاغتنم هذا التحقيق فى هذا المقام (قوله تعليق إبطالها بالشرط جائز) قال فى الجامع الصغير : لو قال الشفيع سلمت لك الشفعة إن كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره فليس بتسليم لأن تسليم الشفعة إسقاط محض كالطلاق والعتاق فصح تعليقه بالشرط ولا ينزل إلا بعد وجوده اه . قال فى العناية : وهذا يناقض قول المصنف يعنى صاحب الهداية فيما تقدم ولا يتعلق إسقاطه بالجائز من الشروط فبالفاسد أولى اه :

قال الطورى : وقد يجاب بالفرق بين شرط وشرط ، فما سبق فى الذى يدل على الإعراض عن الشفعة والرضا بالمجاورة وما هنا فيما لايدل على ذلك اه .

أقول : وأورد فى الظهيرية على ما فى الجامع ما ذكره السرخسى فى مبسوطه أن القصاص لايصح تعليق إسقاطه بالشرط ولا يحتمل الإضافة إلى الوقت وإن كان إسقاطا محضا ولهذا لا يرتد بردّ من عليه القصاص ، ولو أكره على إسقاط الشفعة لا تبطل. قال : وبهذا يتبين أن تسليمها ليس بإسقاط محض وإلا لصح مع الإكراه كعامة الإسقاطات اه وبنى على ذلك الخير الرملى أن الشفيع لو قال قبل البيع إن اشتريت فقد سلمتها أنه لايصح ، وقدمنا ذلك قبيل باب الصرف فراجعه (قوله يقول هذه الدار دارى الخ) لأنه إذا ادعى رقبتها تبطل شفعته ، وإذا ادعى الشفعة تبطل دعواه فى الرقبة لأنه يصير متناقضا ، فإذا قال ذلك لايتحقق السكوت عن طلب الشفعة لأن الجملة كلام واحد ، وأفاد أبو السعود أن هذا مبنى على اشتراط الطلب فورا ، وأما على الصحيح(١) من أن له الطلب فى مجلس علمه فيمكن أن يدعى رقبتها وهو فى المجلس ثم يطلب الشفعة فيه إن منع (قوله إن اعتمد على قول عالم) بحث فيه فى الزواهر بأن قولهم لايثبت الملك للشفيع إلا بعد الأخذ بالتراضى أو بعد قضاء القاضى يقتضى أن استيلاءه حرام ، ولاينفعه قول العالم اه ح :

---

(١) (قوله وأما على الصحيح الخ) قال مولانا : هذا مقيد بما إذا لم يحصل فى المجلس مايدل على الإعراض ، وحينئذ فلا مخلص إلا ماقاله الشارح فإنه بدعوى الرقبة يكون معرضاً اه .

وإلا كان ظالما. أشياء على عدد الرؤوس : العقل والشفعة وأجرة القسام والطريق إذا اختلفوا فيه ، الكل فى الأشباه :
لا شفعه لمرتد عناية :
صبى شفيع لاولى له لا تبطل شفعته ، وإن نصب القاضى قيما يطلبها جاز جواهر :
شرى كرما وله شفيع غائب فأثمرت الأشجار فأكلها المشترى ثم أتى الشفيع وأخذه ، إن الأشجار وقت القبض مثمرة سقط بقدره وإلا لا ، لأنه لا حصة له من الثمن حينئذ مؤيد زاده معزيا لواقعات الحسامى ، وفى الوهبانية :

أقول : عبارة الولوالجية : إن كان من أهل الاستنباط وقد علم أن بعض الناس قال ذلك لايصير فاسقا لأنه لايصير ظالما الخ ، فالبحث غير متوجه فتدبر (قوله وإلا كان ظالما) يؤخذ منه أنه يعزر اه : أبو السعود عن الزواهر (قوله أشياء على عدد الرؤوس) أى تقسم على عدد الرؤوس لا على قدر الأنصباء (قوله العقل) أى الدية أو القيمة ، فإذا وجد حر أو عبد قتيلا فى مكان مملوك قسمت القيمة أو الدية على عدد الملاك دون قدر الملك ، وتمام بيانه فى حاشية الأشباه للحموى : قال : وعلى كون العقل بمعنى الدية استحسن الدمامينى قول ابن لباتة :

أعيــذ سناه والعذار وريقه ... بما قد أتى فى النور والنمل والنحل
وأصبو إلى السحر الذى فى جفونه ... وإن كنت أدرى أنه جالب قتلى
وأرضى بأن أمضى قتيلا كما مضى ... بلا قود مجنون ليلى ولا عقل

(قوله وأجرة القسام) قيد بالقسام لما يذكره الشارح قريبا فى القسمة أن أجرة الكيال والوزان بقدر الأنصباء إجماعا ، وكذا سائر المؤن الخ (قوله والطريق إذا اختلفوا فيه) لم يرد به هنا طريقا عاما لأنه غير مملوك لأحد ، بل ما يكون فى سكة غير نافذة حموى :

[تتمة] تقدم فى متفرقات القضاء أن ساحة الدار إذا اختلفوا فيها تقسم على عدد الرؤوس ، فذو بيت من دار كذى بيوت منها ، وسيذكر الشارح آخر القسمة أن الغرامات لو لحفظ الأنفس فكذلك ، وكذا ما اتفقوا على إلقائه من السفن لو خافوا الغرق ، ويأتى بيان ذلك إن شاء الله تعالى فالمجموع سبعة نظمها الفاضل الحموى بقوله :

إن التقاسم بالرؤوس يكون فى ... سبع لهن حلى عقد نظام
فى ساحة مع شفعة ونوائب ... إن من هواء أجرة القسام
وكذاك ما يرمى من السفن التى ... يخشى بها غرق وطرق كرام
وكذاك عاقلة وقد تم الذى ... حررته لأفاضــل الأعلام

قال : وبقى مافى فتاوى الحانوتى ، وهو أن الضيافة التى جرت بها العادة فى الأوقاف تقسم على عدد الرؤوس لا قدر الوظائف : ومنها ما أفتى به شيخنا يعنى الشرنبلالى تبعا لمشايخه ، وهو الحلوان الذى جرت به العادة فى الأوقاف يقسم على عدد الرؤوس لاعلى قدر الوظائف ، ولا يختص به الناظر . ومنها ما ذكره القهستانى بحثا لو قتل صيد الحرم حلالان فعلى كل نصف قيمته ، وينبغى أن يقسم على عدد الرؤوس إذا قتله جماعة اه (قوله لا ولىّ له) أى من أب أو جد أو وصى أحدهما ، وأشار إلى أن الخصم عن الصبى فى الشفعة له أو عليه من ذكر وعند عدمهم القاضى أو قيمه كما فى الشرنبلالية ، وتقدم أول هذا الباب الكلام فى تسليمهم شفعته والسكوت عنها (قوله لاتبطل شفعته) فله أن يطلبها إذا بلغ ط (قوله إن الأشجار وقت القبض مثمرة) سواء كانت مثمرة

ويأخذ فيما يشترى لصغيره أب ووصى للبلوغ يؤخر
وليس له تفريق دارين بيعتا ولوغير جار والتفرق أجدر
وماضر إسقاط التحيل مسقطا وتحليفه فى النكر لاشك أنكر

كتاب القسمة

مناسبته أن أحد الشريكين إذا أراد الافتراق باع فتجب الشفعة أو قسم :

(هى) لغة اسم للاقتسام كالقدوة للاقتداء : وشرعا (جمع نصيب شائع له فى مكان معين : وسببها طلب الشركاء أو بعضهم الانتفاع بملكه على وجه الخصوص) فلو لم يوجد طلبهم لا تصح القسمة (وركنها هو الفعل الذى يحصل به الإفراز والتمييز بين الأنصباء)

عند العقد أو أثمرت بعد العقد قبل القبض كما أفاده المصنف سابقا ط (قوله ويأخذ الخ) فى البيت مسألتان قدمنا قريبا الكلام عليهما مستوفى ، وقوله أب تنازع فيه يأخذ ويشترى ، وقوله ووصى مبتدأ والواو فيه للاستئناف وجملة يؤخر خبره وللبلوغ متعلق به (قوله وليس له) أى للشفيع ، وقوله بيعتا : أى صفقة واحدة وهو شفيعهما فيأخذهما جميعا أو يتركهما لتفريق الصفقة كما تقدم ، وقوله ولو غير جار : أى لهما جميعا بل لأحدهما ، ولو فيه وصلية ، وقوله والتفرق أجدر مبتدأ وخبر ترجيح للقول بأن له أخذ ما يجاوره فقط ، وهو قولهما وقول الإمام آخرا ، وعليه الفتوى :

وفى نسخ الوهبانية : فالتفرق بالفاء بدل الواو ، فلو شرطية (قوله وما ضر الخ) أى لابأس بإسقاط الشفعة بالحيلة والمصدر مضاف إلى فاعله والمفعول محذوف : أى الشفعة وفاعل ضر المصدر ومفعوله قوله مسقطا لامحذوف فافهم (قوله وتحليفه الخ) أى تحليف الشفيع أحد العاقدين فى وقت إنكاره التحيل أنكر : أى منكر شرعا لأنه يدعى عليه معنى لو أقرّ به لايلزمه ، وهو محمول على ما إذا لم يدع أن البيع كان تلجئة وإلا فله التحليف ، فلا منافاة بينه وبين ما مر كما نبهنا عليه سابقا ، والله تعالى أعلم : ونسأل الله تعالى ولى كل نعمة ، أن يقسم لنا من شفاعة رسوله نبى الرحمة ، صلى الله عليه وسلم أوفر القسمة ، إنه جواد كريم ، رؤوف رحيم ؟

كتاب القسمة

هى مشروعة بالكتاب ، قال تعالى : — ونبئهم أن الماء قسمة بينهم — أى لكل شرب محتضر : وقال : — لها شرب ولكم شرب يوم معلوم — وقال — وإذا حضر القسمة أولوا القربى — وبالسنة فإنه عليه الصلاة والسلام باشرها فى الغنائم والمواريث وقال « أعط كل ذى حق حقه » وكان يقسم بين نسائه وهذا مشهور ، وأجمعت الأمة على مشروعيتها معراج (قوله مناسبته الخ) الأولى أن تكون المناسبة أن الشفيع يملك مال المشترى جبرا عليه ، وفى القسمة يملك نصيب الشريك جبرا عليه إذ هى مشتملة على معنى المبادلة مطلقا فى القيمى والمثلى ، وإنما قدم الشفعة لأنها تملك كلى وهذا تملك البعض فكانت أقوى رحمتى (قوله اسم للاقتسام) كما فى المغرب وغيره أو التقسيم كما فى القاموس ، لكن الأنسب بما يأتى من لفظ القاسم أن تكون مصدر قسم الشىء بالفتح : أى جزأه كما فى المقدمة وغيرها قهستانى (قوله كالقدوة) مثلثة الأول وكعدة ماتسننت به واقتديت به قاموس ، فقوله للاقتداء المناسب فيه من الاقتداء لئلا يوهم أنه اسم مصدر له تأمل (قوله فى مكان) متعلق بجمع (قوله على وجه الخصوص) لأن كل واحد من الشريكين قبل القسمة منتفع بنصيب صاحبه فالطالب للقسمة يسأل القاضى أن يخصه بالانتفاع بنصيبه

كـكيل وذرع (وشرطها عدم فوت المنفعة بالقسمة) ولذا لايقسم نحو حائط وحمام (وحكمها تعيين(١)نصيب كل) من الشركاء (على حدة وتشتمل) مطلقا (على) معنى (الإفراز) وهو أخذ عين حقه (و) على معنى (المبادلة) وهو أخذ عوض حقه (و) الإفراز (هو للغالب فى المثلى) وما فى حكمه وهو العددى المتقارب، فإن معنى الإفراز غالب فيه أيضا ابن كمال عن الكافى (والمبادلة) غالبة (فى غيره) أى غير المثلى وهو القيمى :

إذا تقرر هذا الأصل (فيأخذ الشريك حصته بغيبة صاحبه فى الأول) أى المثلى لعدم التفاوت (لا الثانى) أى القيمى لتفاوته :

فى الخانية : مكيل أو موزون بين حاضر وغائب أو بالغ وصغير فأخذ الحاضر أو البالغ نصيبه نفذت القسمة إن سلم حظ الآخرين وإلا لا كصبرة بين دهقان وزراع أمره الدهقان بقسمتها، إن ذهب بماأفرزه للدهقان أولا فبهلاك الباقى عليهما ، وإن بحظ نفسه أولا فالهلاك على الدهقان خاصة كذا قاله بعض المشايخ انتهى ملخصا

ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضى إجابته إلى ذلك نهاية (قوله ككيل وذرع) وكذا الوزن والعد نهاية: وفيه بحث لأنهم اختلفوا فى أن أجرة القسمة على الرؤوس أو الأنصباء ، واتفقوا على أن أجرة الكيل ونحوه على الأنصباء شرنبلالية عن المقدسى : أى ومقتضى كونه ركنا أن يكون على الخلاف أيضا : قال أبو السعود : ويجاب بماسيأتى من أن الكيل والوزن إن كان للقسمة قيل هو محل الخلاف اه فليتأمل (قوله وشرطها الخ) أى شرط لزومها بطلب أحد الشركاء شرنبلالية (قوله المنفعة) أى المعهودة ، وهى ماكانت قبل القسمة ، إذ الحمام بعدها ينتفع به لنحو ربط الدواب ، وسيذكره الشارح عن المجتبى (قوله ولذا لايقسم نحو حائط) يعنى عند عدم الرضا من الجميع ، أما إذا رضى الجميع صحت كما سيأتى متنا اه ح (قوله وحكمها)وهو الأثر المترتب عليها منح (قوله مطلقا) أى سواء كانت فى المثليات أو القيميات منح (قوله والإفراز هو الغالب فى المثلى) لأن مايأخذه أحدهما لصفه ملكه حقيقة ونصفه الآخر بدل النصف الذى بيد الآخر ، فباعتبار الأول إفراز وباعتبار الثانى مبادلة ، إلا أن المثلى إذا أخذ بعضه بدل بعض كان المأخوذ عين المأخوذ عنه حكما لوجود المماثلة ، بخلاف القيمى (قوله وما فى حكمه) أى حكم المثلى :

أقول : نقل فى جامع الفصولين عن شرح الطحاوى كل كيلى ووزنى غير مصوغ وعددى متقارب كفلوس وبيض وجوز ونحوها مثليات والحيوانات والذرعيات والعددى المتفاوت كرمان وسفرجل ، والوزنى الذى فى تبعيضه ضرر وهو المصوغ قيميات اه . ثم نقل عن الجامع العددى المتقارب كله مثلى كيلا وعدا ووزنا : وعند زفر قيمى ، وما تتفاوت آحاده فى القيمة فعددى متفاوت ليس بمثلى الخ فتأمل (قوله فى الخانية الخ) أراد به بيان فائدة هى أنه إذا قسم ذو اليد حصته بغيبة صاحبه كما قال فى المتن لاتنفذ القسمة مالم تسلم حصة الآخر (قوله إن سلم حظ الآخرين) أى الغائب والصغير ، ومفهومه أن سلامة ما أخذه لاتشترط كما سيظهر (قوله وإلا لا) أى وإن لم يسلم بأن هلك قبل وصوله إليهما لاتنفذ القسمة بل تنتقض ويكون الهالك على الكل ويشاركه الآخران فيا أخذ لما فى هذه القسمة من معنى المبادلة (قوله بين دهقان) هو من له عقار كثير كما فى المغرب ، والمراد به هنا رب الأرض (قوله أمره الدهقان بقسمتها) أى فقسمها والدهقان غائب منح (قوله فهلاك الباقى عليهما) أى إذا رجع فوجد ماأفرز لنفسه قد هلك فهو عليهما ويشارك الدهقان فيا سامه إليه ، وقوله وإن بحظ نفسه : أى وإن ذهب بنصيب نفسه إلى بيته أولا فلما رجع وجد ما أفرزه للدهقان قد هلك فهو على الدهقان خاصة كما

---

(١) (قول المصنف وحكمها تعيين) هكذا فى النسخ ، ولا يخفى أن التعيين هو الفعل وقد تقدم أنه ركن . قال مولانا : ورأيت بنسخة من المنح تعين بدل تعيين ، وعليه فالأمر ظاهر اه .

(وإن أجبر عليها) أى على قسمة غير المثل (فى متحد الجلس) منه (فقط) سوى رقيق غير المغنم (عند طلب الخصم) فيجبر لما فيها من معنى الإفراز ، على أن المبادلة قد يجرى فيها الجبر عند تعلق حق الغير كما فى الشفعة وبيع ملك المديون لوفاء دينه ؛

(وينصب قاسم يرزق من بيت المال ليقسم بلا) أخذ (أجر) منهم (وهو أحب) وما فى بعض النسخ

فى المنح عن الخانية ، ولعل وجهه أنه فى الأولى لما ذهب بحصة الدهقان أولا قصد القبض للدهقان أولا والقبض لنفسه فيما بقى بعد رجوعه فلما رجع ورأى الباقى قدهلك كان الهلاك قبل القبض منهما فيكون عليهما كهلاك البعض قبل القسمة أصلا ، بخلاف ما إذا حمل نصيب نفسه إلى بيته أولا فإنه بمجرد التحميل والذهاب صار قابضا فقد هلك الباقى بعد قبض نصيبه يقينا فيكون هلاكه على صاحبه ، لكن لايخفى مخالفته لقوله فى المسألة الأولى نفذت القسمة إن سلم حظ الآخرين وإلا لا ، فإنه هنا لما سلم حظ الغائب وهو الدهقان انتقضت القسمة فجعل الهلاك عليهما ، ولما سلم حظ الحاضر وهو الزراع دون الغائب نفذت ؛ وكون القسمة هنا مأمور بها من الغائب بخلافها فى المسألة الأولى لايظهر به الفرق ، ولئن سلم فالمراد عدم الفرق كما يقتضيه التشبيه فى قوله كصبرة فليتأمل ؛

هذا ، وقد نقل فى البزازية بعد ماتقدم عن واقعات سمرقند مانصه : إذا تلف حصة الدهقان قبل قبضه نقضها ويرجع على الأكار بنصف المقبوض ، وإن تلف حصة الأكار لاتنتقض لأن تلفه بعد قبضه والغلة كلها فى يده والأصل أن هلاك حصة الذى المكيل فى يده قبل قبض الآخر نصيبه لايوجب انتقاض القسمة ، وبهلاك حصة من لم يكن المكيل فى يده قبل قبض حصته يوجب انتقاضها اه . وهذا التقرير والأصل واضح وموافق للمسألة الأولى ، وقد أطال صاحب الذخيرة فى تقريره وعزاه إلى شيخ الإسلام وقال عليه يخرج جنس هذه المسائل . ثم قال : وقال الحاكم عبدالرحمن وساق ماذكره الشارح هنا عن الخانية ، ولعل قول الخانية كذا قاله بعض المشايخ أراد به الحاكم المذكور ، وأشار بلفظ كذا إلى عدم اختياره ، والله تعالى أعلم (قوله وإن أجبر عليها الخ) إن وصلية ، والمراد بذلك بيان عدم المنافاة بين كون المبادلة غالبة فى القيمى وبين كونه يجبر على القسمة فى متحد الجنس منه ، وذكر وجهه الشارح بقوله لما فيها الخ ؛

[فائدة] القسمة ثلاثة أنواع : قسمة لايجبر الآبى عليها كقسمة الأجناس المختلفة . وقسمة يجبر فى المثليات ؛ وقسمة يجبر فى غير المثليات كالثياب من نوع واحد والبقر والغنم . والخيارات ثلاثة : شرط ، وعيب ، ورؤية ، ففى قسمة الأجناس المختلفة تثبت الثلاثة ، وفى المثليات يثبت خيار العيب فقط ، وفى غيرها كالثياب من نوع واحد يثبت خيار العيب ، وكذا خيار الرؤية والشرط على الصحيح المفتى به ، وتمامه فى الشرنبلالية (قوله فى متحد الجنس منه) أى من غير المثلى ، وقوله فقط قيد لمتحد الجنس ، ويدخل متحد الجنس المثلى بالأولى كما أفاده ط . وظن الشرنبلالى أنه قيد لغير المثلى فقال فيه تأمل لأنه يوهم أنه فى متحد الجنس المثلى لايجبر الآبى عليها وهو خلاف النص اه (قوله سوى رقيق غير المغنم) لأن رقيق المغنم يقسم بالاتفاق ، ورقيق غير المغنم لايقسم بطلب أحدهم ولو كان إماء خلصا أو عبيداً خلصا عند أبى حنيفة . والفرق له بين الرقيق وغيره من متحد الجنس فحش تفاوت المعانى الباطنة كالذهن والكياسة ، وبين الغانمين وغيرهم تعلق حق الغانمين بالمالية دون العين ، حتى كان للإمام بيع الغنائم وقسم ثمنها زيلعى (قوله على أن المبادلة الخ) ترق فى الجواب : أى وإن نظرنا إلى مافيها من معنى المبادلة فلا منافاة أيضا لأن المبادلة الخ ، وهذه مبادلة تعلق فيها حق الغير لأن الطالب للقسمة يريد الاختصاص بملكه ومنع غيره عن الانتفاع به فيجرى الجبر فيها أيضا (قوله وينصب قاسم) أى ندب للقاضى أو للإمام نصبه ملتقى وشرحه (قوله يرزق من بيت المال) أى المعد لمال الخراج وغيره مما أخذ من الكفار

واجب غلط (وإن نصب بأجر) المثل (صح) لأنها ليست بقضاء حقيقة فجاز له أخذ الأجرة عليها وإن لم يجز على القضاء ذكره أخى زاده (وهو على عدد الرؤوس) مطلقا لا الأنصباء خلافا لهما ، قيد بالقاسم لأن أجرة الكيال والوزان بقدر الأنصباء إجماعا ، وكذا سائر المؤن كأجرة الراعى والحمل والحفظ وغيرها شرح مجمع ، زاد فى الملتقى : إن لم يكن للقسمة ، وإن كان لها فعلى الخلاف لكن ذكره فى الهداية بلفظ قيل ، وتمامه فيما علقته عليه :

(و) القاسم (يجب كونه عدلا

كالجزية وصدقة بنى تغلب فلا يرزق من بيوت الأموال الثلاثة الباقية كبيت مال الزكاة وغيره إلا بطريق القرض قهستانى (قوله غلط) لمناقضته لما بعده إن عاد ضمير هو إلى قوله بلا أجر ، وإن عاد إلى النصب فلمخالفته لقول الملتقى وغيره ندب تأمل (قوله لأنها ليست بقضاء حقيقة الخ) قال فى العناية : ويجوز للقاضى أن يقسم بنفسه بأجر ، لكن الأولى أن لا يأخذ لأن القسمة ليست بقضاء على الحقيقة حتى لا يفترض على القاضى مباشرتها ، وإنما الذى يفترض عليه جبر الآبى على القسمة إلا أن لها شبها بالقضاء من حيث إنها تستفاد بولاية القضاء، فإن الأجنبى لا يقدر على الجبر ، فمن حيث إنها ليست بقضاء جاز أخذ الأجر عليها ، ومن حيث إنها تشبه القضاء يستحب عدم الأخذ اهـ ومثله فى النهاية والكفاية والمعراج والتبيين : وفى الدرر ما يخالفه ، فإنه ذكر أن الأصح أن القسمة من جنس عمل القضاة . ثم قال : فإن باشرها القاضى بنفسه ، فعلى رواية كونها من جنس عمل القضاة لا يجوز له الأخذ وعلى رواية عدم كونها منه جاز اهـ ومقتضاه ترجيح عدم الجواز ، ونقله فى الدر المنتقى عن الخلاصة والوهبانية قال : وأقره القهستانى وغيره اهـ . قلت : لكن المتون على الأول تأمل :

هذا ، وظاهر كلامهم أنه لا فرق بين كون القاسم القاضى أو منصوبه فلذا قال الشارح فجاز له : أى للقاضى كما فى المنح مع أن الكلام فى منصوبه تأمل (قوله مطلقا) أى سواء تساووا فى الأنصباء أم لا ، وسواء طلبوا جميعا أو أحدهم : قال فى الهداية : وعنه أنه على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع (قوله خلافا لهما) حيث قالا الأجر على قدر الأنصباء لأنه مؤنة الملك وله أن الأجر مقابل بالتمييز وهو قد يصعب فى القليل وقد ينعكس فتعذر اعتباره فاعتبر أصل التمييز ابن كمال (قوله قيد بالقاسم) أى فى قوله وينصب قاسم أو هو على تقدير مضاف : أى بأجر القاسم الذى عاد عليه الضمير فى قوله وهو على عدد الرؤوس وهذا أنسب بما بعده تأمل (قوله وغيرها) كأجرة بناء الحائط المشترك أو تطيين السطح أو كرى النهر أو إصلاح القناة لأنها مقابلة بنقل التراب أو الماء والطين وذلك يتفاوت بالقلة والكثرة ، أما التمييز فيقع لهما بعمل واحد معراج (قوله زاد فى الملتقى) أى بعد قوله إجماعا (قوله إن لم يكن) أى الكيل أو الوزن للقسمة بل كان للتقدير : قال الشارح بأن اشتريا مكيلا أو موزونا وأمرا إنسانا بكيله ليعلما قدره ، فالأجر بقدر السهام اهـ (قوله لكن ذكره فى الهداية) أى ذكر هذا التفصيل بلفظ قيل فأشعر بضعفه ، بل صرح بعده بنفيه حيث قال ولا يفصل : قال الإتقانى : يعنى لا تفصيل فى أجرة الكيل والوزن بل هى بقدر الأنصباء اهـ : وفى المعراج عن المبسوط والأصح الإطلاق (قوله وتمامه الخ) أى تمام هذا الكلام ، وهو بيان الفرق لأبى حنيفة بينه وبين القسام بأن الأجر هنا على الأنصباء وإن كان الكيل للقسمة للتفاوت فى العمل ، لأن عمله لصاحب الكثير أكثر فكان أصعب والأجر بقدر العمل بخلاف القسام (قوله يجب كونه عدلا الخ) لأن القسمة من جنس عمل القضاة هداية ، وأفاد القهستانى أن هذا التعليل مشعر بأن ما ذكر غير واجب لعدم وجوبه فى القضاء ، فالمراد بالوجوب العرفى الذى مرجعه إلى الأولوية كما أشار إليه فى الاختيار وخزانة المفتين اهـ :

أمينا عالما بها ، ولايتعين واحد لها) لئلا يتحكم بالزيادة (ولايشترك القسام) خوف تواطئهم (وصحت برضا الشركاء إلا إذا كان فيهم صغير) أو مجنون (لانائب عنه) أو غائب لا وكيل عنه لعدم لزومها حينئذ إلا بإجازة القاضى أو الغائب أو الصبى إذا بلغ أو وليه ، هذا لو ورثة ، ولو شركاء بطلت منية المفتى وغيرها ؛

(وقسم نقلى يدعون إرثه بينهم) أو ملكه مطلقا (أو شراءه) صدر الشريعة فلا فرق فى النقلى بين شراء وارث وملك مطلق :

قلت : ومن النقلى البناء والأشجار حيث لم تتبدل المنفعة بالقسمة وإن تبدلت فلا جبر قاله شيخنا ؛

(وعقار يدعون شراءه) أوملكه مطلقا (فإن ادعوا أنه ميراث عن زيد لا) يقسم (حتى يبرهنوا على موته

أقول : تقدم فى القضا. أن الفاسق أهل له لكنه لايقلد وجوبا ويأثم مقلده ، فعلم أنه لايجب فى صحة القضاء العدالة بل يجب على الإمام أن يولى عدلا ، وكذا يقال هنا يجب أن ينصب قاسما عدلا ، ولا يجب فى صحة نصبه العدالة والوجوب الأول على حقيقته والثانى بمعنى الاشتراط فتدبر (قوله أمينا) ذكر الأمانة بعد العدالة وإن كانت من لوازمها لجواز أن يكون غير ظاهر الأمانة كفاية : واعترضه فى اليعقوبية بأن ظهور العدالة يستلزم ظهورها كما لايخفى اه . وأجيب بأن المذكور العدالة لاظهورها (قوله ولا يتعين الخ) الأولى قول الملتقى كالهداية ، ولا يجبر الناس على قاسم واحد ولا يترك القسام ليشتركوا (قوله بالزيادة) أى على أجر المثل (قوله القسام) بالضم والتشديد جمع قاسم (قوله خوف تواطئهم) أى على مغالاة الأجر وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم إليه خيفة الفوت فيرخص الأجر هداية (قوله وصحت الخ) مامر فى القسمة بالجبر ، وهذا فى القسمة بالتراضى (قوله إلا إذا كان) استثناء منقطع كما يفيده قوله بعد لعدم لزومها استثناء من محذوف أى ولزمت اه ط ، وأراد بالصحة اللزوم (قوله إلا باجازة القاضى) الظاهر رجوعه للمستثنيات الثلاث (قوله أو الغائب أو الصبى إذا بلغ) ولو مات الغائب أو الصبى فأجازت ورثته نفذت عندهما خلافا لمحمد منية المفتى ، والأول استحسان والثانى قياس ، وكما تثبت الإجازة صريحا بالقول تثبت دلالة بالفعل كالبيع كما فى التاترخانية ؛ وفى المنح عن الجواهر : طفل وبالغ اقتسما شيئا ثم بلغ الطفل وتصرف فى نصيبه وباع البعض يكون إجازة (قوله هذا) أى لزومها بإجازة القاضى ونحوه لو كانوا شركاء فى الميراث فلو شركاء فى غيره تبطل ، ومقتضاه أنها لاتنفذ بالإجازة فليتأمل : وعبارة المنية هكذا : اقتسم الورثة لابأمر القاضى وفيهم صغير أو غائب لاتنفذ إلا بإجازة الغائب أو ولى الصغير أو يجيز إذا بلغ اقتسم الشركاء فيما بينهم وفيهم صغير أو غائب لاتصح القسمة ، فإن أمرهم القاضى بذلك صح اه ؛

أقول : سيذكر المصنف تبعا لسائر المتون أن القاضى لايقسم لو كانوا مشترين وغاب أحدهم فكيف تصح قسمة الشركاء بأمر القاضى ؟ اللهم إلا أن يراد به الشركاء فى الميراث ، لكن يبقى قول الشارح : ولو شركاء بطلت محتاجا إلى نقل ؛ ونقل الزاهدى فى قنيته : قسمت بين الشركاء وفيهم شريك غائب فلما وقف عليها قال لاأرضى لغبن فيها ثم أذن لحراثه فى زراعة نصيبه لايكون رضا بعد مارد اه فليحرر ، ولا تنس ماقدمه من أن للشريك أخذ حصته من المثلى بغيبة صاحبه ، وما نقله عن الخانية فإنه مخصص لما هنا (قوله أو ملكه مطلقا) أى من غير بيان سبب ط (قوله أو شراءه) الأولى أن يقول أو بسبب ليعم نحو الهبة ط (قوله فلا فرق الخ) أى من حيث إنه يقسم بمجرد الإقرار اتفاقا ، وإنما اقتصر المصنف على الإرث ، لأن العقار الموروث يفتقر إلى البرهان ولأنه هو الذى فيه الخلاف ، فما سكت عنه يفهم حكمه مما ذكره بالطريق الأولى كما نبه عليه فى المنح (قوله ومن النقلى البناء والأشجار) يعنى فتقسم ؛ وقوله حيث لم تتبدل الخ متعلق بهذا المقدر : وعبارة شيخه فى حاشية المنح

وعدد ورثته) وقالا يقسم باعترافهم كما فى الصور الأخر (ولا إن برهنا أن العقار معهما حتى يبرهنا أنه لهما) اتفاقا فى الأصح لأنه يحتمل أنه معهما بإجارة أو إعارة فتكون قسمة حفظ والعقار محفوظ بنفسه :

(ولو برهنا على الموت وعدد الورثة وهو) أى العقار : قلت : قال شيخنا وكذا المنقول بالأولى (معهما وفيهم صغير أو غائب قسم بينهم

فى هذا المحل : أقول دخل فى النقلى البناء والأشجار لأنها من قسم المنقولات كما صرح به فى البحر فى كتاب الدعوى ؛ فتجرى فيه قسمة الجبر حيث لم تتبدل المنفعة بالقسمة وإن تبدلت بها لاتجوز كالبئر والحائط والحمام ونحوها تأمل اه :

أقول : وبعد التقييد بالحيثية المذكورة لاينافيه مافى المبسوط (١) حيث قال : بناء بين رجلين فى أرض رجل قد بنياه بإذنه ثم أرادا قسمته وصاحب الأرض غائب فلهما ذلك بالتراضى ، وإن امتنع أحدهما لم يجبر عليه اه ولظمه ابن وهبان تأمل (قوله وقالا يقسم) أى العقار المدعى إرثه باعترافهم كما يقسم فى الصور الأخر ، وهى النقلى مطلقا والعقار المدعى شراؤه أو ملكيته المطلقة : لهما أنه فى أيديهم ، وهو دليل الملك ولا منازع لهم : وله أن التركة قبل القسمة مبقاة على ملك الميت بدليل ثبوت حقه فى الزوائد كأولاد ملكه وأرباحه حتى تقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه ، وبالقسمة ينقطع حقه عنها فكانت قضاء عليه بإقرارهم ، وهو حجة قاصرة فلابد من البينة بخلاف المنقول لأنه يخشى عليه التلف والعقار محصن ، وبخلاف العقار المشترى لأنه زال عن ملك البائع قبل القسمة فلم تكن القسمة على الغير ، وبخلاف المدعى ملكيته المطلقة لأنهم لم يقروا بالملكية لغيرهم ، هذا حاصل مافى الدرر وشرح المجمع (قوله ولا إن برهنا) عطف على قوله لايقسم ، قال العينى تبعا للزيلعى : وهذه المسألة بعينها هى المسألة السابقة وهى قوله أو ملكه مطلقا ، لأن المراد فيها أن يدعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل إليهم ولم يشترط فيها إقامة البينة على أنه ملكهم وهو رواية القدورى وشرط ههنا وهو رواية الجامع الصغير ، فإن كان قصد الشيخ تعيين الروايتين فليس فيه مايدل على ذلك وإلا فتقع المسألة مكررة اه : وأجاب المقدسى بحمل مافى الجامع على ماإذا ذكرا أنه بأيديهما فقط وبرهنا عليه فلا يكون من اختلاف الروايتين لاختلاف الموضوع فلا تكرار اه :

أقول : وهو الظاهر من قول الهداية : وفى الجامع الصغير أرض ادعاها رجلان وأقاما البينة أنها فى أيديهما لم تقسم حتى يبرهنا أنها لهما لاحتمال أن تكون لغيرهما : أى بوديعة أو بإجارة أو إعارة كما قال الشارح ، وهكذا قرره فى العزمية فافهم (قوله اتفاقا فى الأصح) قال فى الهداية بعد مانقلناه آنفا ثم قيل هو قول أبى حنيفة خاصة وقيل قول الكل وهو الأصح ، لأن قسمة الحفظ فى العقار غير محتاج إليها وقسمة الملك تفتقر إلى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز (قوله فتكون قسمة حفظ الخ) وهى ماتكون بحق اليد لأجل الحفظ والصيانة كقسمة المودعين الوديعة بينهما للحفظ ، وقسمة الملك ماتكون بحق الملك لتكميل المنفعة كما فى غاية البيان (قوله ولو برهنا) أى برهن البالغان حاضران فيكون الصغير أو الغائب ثالثهما فصار الورثة متعددين فلذا أتى بضمير الجمع فى قوله فيهم وبينهم ، وأتى به مثنى فى قوله معهما أى مع اللذين برهنا مخالفا لما فى الهداية لما سيذكره أنه لو كان مع الصغير أو الغائب شىء منه لايقسم وإن أجيب عن الهداية بأنه مبنى على أن أقل الجمع اثنان (قوله بالأولى) إذ لايشترط فيه البرهان على الموت وعدد الورثة عنده كما مر (قوله وفيهم صغير) أى حاضر كما يأتى (قوله قسم بينهم) أفاد

---

(١) (قوله لاينافيه مافى المبسوط الخ) هذا إنما يتم لو كان المراد قسمته بعد نقضه وليس فى العبارة مايفيده ، أما لو أراد القسمة والبناء قائم لايحصل تبدل فى المنفعة فلا تزول المنافاة تأمل اه .

ونصب قابض لهما) نظارا للغائب والصغير ، ولابد من البينة على أصل الميراث عنده أيضا خلافا لهما كما مر (فإن برهن) وارث (واحد) لايقسم ، إذ لابد من حضور اثنين ، ولو أحدهما صغيرا أو موصى له (أو كانوا) أى الشركاء (مشترين) أى شركاء بغير الإرث (وغاب أحدهم) لأن فى الشراء لايصلح الحاضر خصما عن الغائب بخلاف الإرث

أن القاضى فعل ذلك ، قال فى المحيط : فلو قسم بغير قضاء لم تجز إلا أن يحضر أو يبلغ فيجيز طورى ، وهذا ماقدمه الشارح (قوله ونصب قابض لهما) وهو وصى عن الطفل ووكيل عن الغائب درر (قوله ولابد من البينة على أصل الميراث) كذا فى الدرر ، ولعل المراد به جهة الإرث كالأبوة ونحوها . والذى فى الهداية والتبيين : ولابد من إقامة البينة هنا أيضا عنده وليس فيهما ذكر أصل الميراث ولم يذكر فى المسألة الأولى ، فالمراد أن قوله ولو برهنا على الموت وعدد الورثة لابد منه عنده أيضا كمافى المسألة السابقة بل أولى لأن الورثة هناك كلهم كبار حضور واشترط البرهان وهنا فيه قضاء على الغائب أو الصغير كما أفاده فى النهاية (قوله خلافا لهما) فعندهما يقسم بينهما بإقرارهما (قوله لايقسم الخ) أى وإن أقام البينة لأن الواحد لايصلح مخاصما ومخاصما ، وكذا مقاسما ومقاسما هداية والأول عند الإمام لقوله بالبينة ، والثانى عندهما لقولهما بعدمها : وعن أبى يوسف أن القاضى ينصب عن الغائب خصما ، ويسمع البينة عليه ويقسم أفاده فى الكفاية (قوله ولو أحدهما صغيرا) فينصب القاضى عنه وصيا كما مر :

واعلم أن هنا مسألة لابد من معرفتها ، هى أنه إنما ينصب القاضى وصيا عن الصغير إذا كان حاضرا فلو غائبا فلا لأن الخصم لاينصب عن الغائب إلا لضرورة ، ومتى كان المدعى عليه صبيا ووقع العجز عن جوابه لم يقع(١) عن إحضاره ، فلا ينصب خصما عنه فى حق غير الحضرة فلم تصح الدعوى لأنها من غير مدعى عليه حاضر ولا كذلك إذا حضر ، لأنه إنما عجز عن الجواب فينصب من يجيب عنه بخلاف الدعوى على الميت ، لأن إحضاره وجوابه لايتصور فينصب عنه واحدا فى الأمرين(٢) جميعا كفاية ، ونحوه فى النهاية والمعراج وغيرهما . قال فى البزازية وهذا يدل(٣) على أن من ادعى على صغير بحضرة وصيه عند غيبة الصغير أنه لايصح ، وقد مر خلافه فى الدعوى اهـ ومثله فى المنية :

قلت : وفى أوائل دعوى البحر : والصحيح أنه لاتشترط حضرة الأطفال الرضع عند الدعوى اهـ فتأمل : ويرد على مافى الكفاية وغيرها أنه منقوض بالغائب البالغ كما فى الشرنبلالية عن المقدسى ، لكن ذكر أبو السعود أنه أجيب عنه بأن اشتراط حضوره للنصب خاص بما إذا كان الوارث الحاضر واحدا لأنه لتصحيح الدعوى ، أما إذا كانا اثنين فالنصب للقبض ، إذ صحة الدعوى والقسمة موجودة قبله بجعل أحدهما خصما (قوله أو موصى له) لأنه يصير شريكا بمنزلة الوارث فكأنه حضر وارثان معراج (قوله مشترين) بياء واحدة لابياءين كما فى بعض النسخ لأنه مثل مفتين وقاضين كما هو ظاهر (قوله أى شركاء الخ) أفاد به أن المراد مطلق الشركة فى الملك بغير الإرث ، وهو مأخوذ من حاشية شيخه الرملى (قوله بخلاف الإرث) قال فى الدرر : فإن ملك الوارث ملك

---

(١) (قوله لم يقع الخ) لأنه يمكن القاضى أن يأمر بإحضاره ، إذ ليس المراد من الغيبة السفر اهـ منه .

(٢) (قوله فى الأمرين) أى فى حق غيبته وحق عجزه عن الجواب اهـ منه .

(٣) (قوله وهذا يدل الخ) انظر ماوجه الدلالة المذكورة مع ظهور الفرق بين المسألتين ، فإن الكلام الآن فى تجديد النصب للخصومة والوصى ثابت النيابة من قبل تأمل اهـ .

(أو كان) في صورة الإرث العقار أو بعضه (مع الوارث الطفل أو الغائب أو) كان (شيء منه لا) يقسم للزوم القضاء على الطفل أو الغائب بلا خصم حاضر عنهما (وقسم) المال المشترك (بطلب أحدهم إن انتفع كل) بحصته (بعد القسمة وبطلب ذى الكثير إن لم ينتفع الآخر لقلة حصته) وفى الخانية: يقسم بطلب كل وعليه الفتوى، لكن المتون على الأول فعليها للعول (وإن تضرر الكل لم يقسم إلا برضاهم) لئلا يعود على موضوعه بالنقض.

فى المجتبى: حانوت لهما يعملان فيه طلب أحدهما القسمة إن أمكن لكل أن يعمل فيه بعد القسمة ما كان يعمل فيه قبلها قسم وإلا لا.

خلافة، حتى يرد بالعيب على بائع المورث ويرد عليه ويصير مغرورا بشراء المورث، حتى لو وطئ أمة اشتراها مورثه فولدت فاستحقت رجع الوارث على البائع بثمنها وقيمة الولد للغرور من جهته، فانتصب أحدهم خصما عن الميت فيما فى يده والآخر عن نفسه، فصارت القسمة قضاء بحضرة المتقاسمين: وأما الملك الثابت بالشراء فملك جديد بسبب باشره فى نصيبه ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه فلا ينتصب الحاضر خصما عن الغائب، فتكون البينة فى حق الغائب قائمة بلا خصم فلا تقبل اهـ.

[تتمة] الشركة إذا كان أصلها الميراث فجرى فيها الشراء بأن باع واحد منهم نصيبه أو كانت أصلها الشراء فجرى فيها الميراث بأن مات واحد منهم، ففى الوجه الأول يقسم القاضى إذا حضر البعض لا فى الثانى لأنه فى الأول قام المشترى مقام البائع فى الشركة الأولى وكانت أصلها وراثة، وفى الثانى قام الوارث مقام المورث فى الشركة الأولى وكان أصلها الشراء، فينظر فى هذا الباب إلى الأول ولوالجية وغيرها (قوله فى صورة الإرث) وهى قوله ولو برهنا الخ، وهذه محترز قوله هناك وهو أى العقار معهما (قوله أو بعضه) مكرر مع قول المتن أو شىء منه ح (قوله مع الوارث الطفل أو الغائب) أو يد مودع الغائب أو يد أم الصغير والصغير غائب فلا يقسم وإن كان الحاضر أمينا بزازية وغيرها (قوله للزوم القضاء) أى لئلا يلزم القضاء عليهما بإخراج شىء مما فى أيديهما بلا خصم حاضر منهما أى من جهتهما. والذى فى الهداية وغيرها عنهما. هذا وذكر القهستانى أنه لا يقسم إلا أن ينصب عنه خصما ويقيم البينة فإنه يقسم على ماروى عن الثانى انتهى وأقره فى العزمية.

قلت: لكن فى الهداية والتبيين ولا فرق فى هذا بين إقامة البينة: أى على الإرث وعدمها هو الصحيح كما أطلق فى الكتاب: أى فى قوله لا يقسم، وهو احتراز عن رواية المبسوط أنه يقسم إذا قامت البينة كفاية فتأمل (قوله وقسم المال المشترك) أى الذى تجرى فيه القسمة جبرا بأن كان من جنس واحد كما مر ويأتى (قوله وبطلب ذى الكثير) أى إن انتفع بحصته وأطلقه لعلمه من المقام، ومفهومه أنه لا يقسم بطلب ذى القليل الذى لا ينتفع إذا أبى المنتفع. ووجهه كما فى الهداية أن الأول منتفع فاعتبر طلبه والثانى متعنت فلم يعتبر اهـ ولذا لا يقسم القاضى بينهم إن تضرر الكل وإن طلبوا كما فى النهاية، وحينئذ فيأمر القاضى بالمهايأة كما سيذكره الشارح (قوله وفى الخانية) وقيل بعكس ما تقدم (قوله فعليها المعول) وصرح فى الهداية وشروحها بأنه الأصح، زاد فى الدرر وعليه الفتوى (قوله لم يقسم إلا برضاهم) ظاهره كعبارة سائر المتون أن للقاضى مباشرتها. وقال الزيلعى: لكن القاضى لا يباشر ذلك وإن طلبوا منه لأنه لا يشتغل بما لا فائدة فيه ولا يمنعهم منه، لأن القاضى لا يمنع من أقدم على إتلاف ماله فى الحكم اهـ وعزاه ابن الكمال للمبسوط، وذكر الطورى أن فيه روايتين (قوله لئلا يعود على موضوعه بالنقض) يعنى أن موضوع القسمة الانتفاع بملكه على وجه الخصوص وهو مفقود هنا حلبى (قوله فى المجتبى الخ) أراد به بيان المراد بالانتفاع المذكور فى المتن، وإلا فنحو الحمام قد ينتفع به بعد القسمة لربط الدواب

(وقسم عروض اتحد جنسها لا الجنسان) بعضهما فى بعض لوقوعهما معاوضة لا تمييزا فتعتمد التراضى دون جبر القاضى (و) لا (الرقيق) وحده لفحش التفاوت فى الآدمى : وقالا : يقسم لو ذكورا فقط وإناثا فقط كما تقسم الإبل والغنم ورقيق المغنم (و) لا (الجواهر) لفحش تفاوتها (والحمام) والبئر والرحى والكتب وكل ما فى قسمه ضرر (إلا برضاهم) لما مر ، ولو أراد أحدهما البيع وأبى الآخر لم يجبر على بيع نصيبه خلافا لمالك : وفى الجواهر لاتقسم الكتب بين الورثة ولكن ينتفع كل بالمهايأة ، ولا تقسم بالأوراق ولو برضاهم ؛ وكذا لو كان كتابا ذا مجلدات كثيرة ، ولو تراضيا أن تقوّم الكتب ويأخذ كل بعضها بالقيمة لو كان بالتراضى جاز وإلا لا خانية . دار أو حانوت بين اثنين لايمكن قسمتها تشاجرا فيه فقال أحدهما لا أكرى ولا أنتفع ، وقال الآخر أريد

ونحوه كما قدمناه (قوله وقسم عروض اتحد جنسها) لأن القسمة تميز الحقوق وذلك ممكن فى الصنف الواحد كالإبل أو البقر أو الغنم أو الثياب أو الدواب أو الحنطة أو الشعير يقسم كل صنف من ذلك على حدة جوهرة (قوله بعضهما فى بعض) أى بإدخال بعض فى بعض ، بأن أعطى أحدهما بعيرا والآخر شاتين مثلا جاعلا بعض هذا فى مقابلة ذاك درر (قوله فتعتمد التراضى الخ) لأن ولاية الإجبار للقاضى تثبت بمعنى التمييز لا المعاوضة درر (قوله ولا الرقيق) لأن التفاوت فى الآدمى فاحش فلا يمكن ضبط المساواة ، لأن المعانى المقصودة منه : العقل والفطنة والصبر على الخدمة والاحتمال والوقار والصدق والشجاعة والوفاق وذلك لايمكن الوقوف عليه فصاروا كالأجناس المختلفة ، وقد يكون الواحد منهم خيرا من ألف من جنسه قال الشاعر :

ولم أر أمثال الرجال تفاوتا إلى الفضل حتى عد ألف بواحد

بخلاف سائر الحيوانات لأن تفاوتها يقل عند اتحاد الجنس ، ألا ترى أن الذكر والأنثى من بنى آدم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد جوهرة (قوله وحده) اعلم أنه إذا كان مع الرقيق دواب أو عروض أو شىء آخر قسم القاضى الكل فى قولهم وإلا فإن ذكورا(١) أو إناثا فكذلك عنده ، وإن ذكورا وإناثا فلا إلا برضاهم ؛

والحاصل أن عند أبى حنيفة لايجوز الجبر على قسمة الرقيق إلا أن يكون معه شىء آخر هو محل لقسمة الجمع كالغنم والثياب فيقسم الكل قسمة جمع . وكان أبو بكر الرازى يقول : تأويل هذه المسألة أنه يقسم برضا الشركاء فأما مع كراهة بعضهم فالقاضى لايقسم ؛ والأظهر أن قسمة الجبر تجرى عند أبى حنيفة باعتبار أن الجنس الآخر الذى مع الرقيق يجعل أصلا فى القسمة ، والقسمة جبرا تثبت فيه فتثبت فى الرقيق أيضا تبعا . وقد يثبت حكم العقد فى الشىء تبعا وإن كان لايجوز إثباته مقصودا كالشرب والطريق فى البيع والمنقولات فى الوقف ، كذا فى شروح الهداية والكنز والدرر ، فما مشى عليه فى المنح خلاف الأظهر (قوله كما تقسم الإبل) أى ونحوها كالبقر والغنم (قوله ورقيق المغنم) قدمنا عن الزيلعى وجه الفرق بينه وبين رقيق غيره (قوله والحمام والبئر والرحى) ينبغى تقييده بما إذا كان صغيرا لايمكن لكل من الشريكين الانتفاع به كما كان ، فلو كبيرا بأن كان الحمام ذا خزانتين والرحى ذات حجرين يقسم ؛ وقد أفتى فى الحامدية بقسمة معصرة زيت لاثنين مناصفة وهى مشتملة على عودين ومطحنين وبئرين للزيت قابلة للقسمة بلا ضرر ، مستدلا بما فى خزانة الفتاوى : لايقسم الحمام والحائط والبيت الصغير إذا كان بحال لو قسم لايبقى لكل موضع يعمل فيه (قوله وكل ما فى قسمه ضرر) فلا يقسم ثوب واحد لاشتمال القسمة على الضرر إذ لاتتحقق إلا بالقطع هداية ، لأن فيه إتلاف جزء عناية ، ولا يقسم الطريق لو فيه ضرر بزازية (قوله لما مر) من قوله لئلا يعود على موضوعه بالنقض وهو علة لعدم القسمة (قوله ولا تقسم بالأوراق ولو برضاهم) الظاهر أن المراد لايباشر القاضى قسمتها ، لما مر أن القاضى لايباشر ذلك ولا يمنعهم منه ، وتأمل عبارة المنح ؛

---

(١) (قوله وإلا فإن ذكورا الخ) أى وإن لم يكن مع الرقيق شىء آخر هو محل القسمة فكذلك ، فإن ذكورا أو إناثا فكذلك : أى كالمختلط مع غيره ، ولا يخفى أن هذا ليس مذهب الإمام فلعل الصواب عندهما بدل عنده تأمل اهـ .

ذلك أمر القاضى بالمهايأة ، ثم يقال لمن لا يريد الانتفاع إن شئت فانتفع ، وإن شئت فأغلق الباب :
(دور مشتركة أو دار وضيعة أو دار وحانوت قسم كل وحدها) منفردة مطلقا ولو متلازقة أو فى محلتين أو مصرين مسكين (إذا كانت كلها فى مصر واحد أولا) وقالا : إن الكل فى مصر واحد فالرأى فيه للقاضى ، وإن فى مصرين فقولهما كقوله (ويصوّر القاسم مايقسمه على قرطاس) ليرفعه للقاضى (ويعدله على سهام القسمة ويذرعه ، ويقوم البناء ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه ، ويلقب الأنصباء بالأول والثانى والثالث) وهلم جرا (ويكتب أساميهم ويقرع) لتطييب القلوب ،

مطلب لكل من الشركاء السكنى فى بعض الدار بقدر حصته

(قوله أمر القاضى بالمهايأة) أقول : ذكر فى العمادية فى الفصل ٣٤ لكل واحد من الشركاء أن يسكن فى بعض الدار بقدر حصته اهـ ، وبمثله أفتى فى الحامدية : وانظر إذا طلب أحدهما ذلك والآخر المهايأة أيهما يقدم ؟ وهى تقع كثيرا : يقول لى خشبة أسكن تحتها فليحرر ، وسيأتى بيان المهايأة وأحكامها آخر الباب وأن الأصح أن القاضى يجبر عليها بطلب أحدهما ومنه يظهر الجواب تأمل (قوله دور مشتركة) مثلها الأقرحة كما فى الهداية وهى جمع قراح : قطعة من الأرض على حيالها لاشجر فيها ولا بناء : واحترز بالدور عن البيوت والمنازل جمع منزل أصغر من الدار وأكبر من البيت ، لأنه دويرة صغيرة فيها بيتان أو ثلاثة والبيت مسقف واحد له دهليز (قوله منفردة) أى يقسم كل من الدور أو الدار والضيعة : وهى عرصة غير مبنية أو الدار والحانوت : وهو الدكان قسمة فرد ، فتقسم العرصة بالذراع والبناء بالقيمة قهستانى لاقسمة جمع ، بأن يجمع حصة بعضهم فى الدار مثلا وحصة الآخر فى غيرها لأنها أجناس مختلفة أو فى حكمها كما يعلم من الهداية ، ولذا قال القهستانى : لو اكتفى بما سبق من قوله ولا الجنسان لكان أخصر (قوله مطلقا) يفسره مابعده ولم يذكر المنازل والبيوت المحترز عنها ؛ قال مسكين : والبيوت تقسم قسمة واحدة متباينة أو متلازقة ، والمنازل كالبيوت لو متلازقة وكالدور لو متباينة ؛ وقالا فى الفصول كلها ينظر القاضى إلى أعدل الوجوه فيمضى القسمة على ذلك اهـ : قال الرملى : ويستثنى منه ماإذا كانا فى مصرين فقولهما كقوله اهـ :

أقول : ولعل هذا فى زمانهم وإلا فالمنازل والبيوت ولو من دار واحدة تتفاوت تفاوتا فاحشا فى زماننا ، يدل عليه قولهم هنا لأن البيوت لاتتفاوت فى معنى السكنى ولهذا تؤجر أجرة واحدة فى كل محلة ، وكذا ماذكروه فى خيار الرؤية ، وإفتاؤهم هناك بقول زفر من أنه لابد من رؤية داخل البيوت لتفاوتها تأمل (قوله أو مصرين) مكرر مع قول المتن أولا اهـ ح (قوله إذا كانت كلها فى مصر واحد أولا) لو قال ولو فى مصر لكان أخصر وأظهر اهـ ح (قوله فقولهما كقوله) الأولى أن يقول فكقوله (قوله ويصور القاسم الخ) أى ينبغى إذا شرع فى القسمة أن يصور مايقسمه بأن يكتب فى كاغده أن فلانا نصيبه كذا وفلانا كذا ليمكنه حفظه إن أراد رفعه للقاضى ليتولى الإقراع بينهم بنفسه ويعدله أى يسويه ، ويروى يعزله : أى يقطعه بالقسمة عن غيره ليعرف قدره عناية (قوله ويذرعه) شامل للبناء ، لما قال الزيلعى : ويذرعه ويقوّم البناء لأن قدر المساحة يعرف بالذرع والمالية بالتقويم ، ولابد من معرفتهما ليمكن التسوية فى المالية ، ولابد من تقويم الأرض وذرع البناء اهـ شرنبلالية (قوله ويفرز الخ) بيان للأفضل ، فإن لم يفعل أو لم يمكن جاز هداية وغيرها ، والظاهر أن معناها إذا شرط القاسم ذلك فلا ينافى ماسيأتى من أنه إذا لم يشترط فيها صرف إن أمكن وإلا فسخت القسمة فافهم (قوله لتطييب القلوب) أشار إلى أن القرعة غير واجبة حتى إن القاضى لو عين لكل واحد نصيبا من غير إقراع جاز لأنه فى معنى القضاء فملك الإلزام هداية :

فمن خرج اسمه أولا فله السهم الأول ، ومن خرج ثانيا فله السهم الثانى إلى أن ينتهى إلى الأخير و) اعلم أن (الدراهم لاتدخل فى القسمة) لعقار أومنقول (إلا برضاهم) فلوكان أرض وبناء قسم بالقيمة عند الثانى وعند الثالث يرد من العرصة بمقابلة البناء ، فإن بقى فضل ولا تمكن التسوية رد الفضل دراهم للضرورة ، واستحسنه فى الاختيار (قسم ولأحدهم مسيل ماء أو طريق فى ملك الآخر و) الحال أنه (لم يشترط فى القسمة صرف عنه إن أمكن وإلا فسخت القسمة) إجماعا واستؤنفت ، ولو اختلفوا فقال بعضهم أبقيناه مشتركا كما كان إن أمكن إفراز كل فعل كما بسطه الزيلعى ؛

(اختلفوا فى مقدار عرض الطريق جعل) عرضها (قدر عرض باب الدار) وأما فى الأرض فبقدر ممر الثور

مطلب فى الرجوع عن القرعة

[تنبيه] إذا قسم القاضى أو نائبه بالقرعة فليس لبعضهم الإباء بعد خروج بعض السهام كما لايلتفت إلى إبائه قبل خروج القرعة ، ولوالقسمة بالتراضى له الرجوع إلا إذا خرج جميع السهام إلا واحدا لتعين نصيب ذلك الواحد وإن لم يخرج ، ولا رجوع بعد تمام القسمة نهاية (قوله فمن خرج اسمه أولا الخ) بيانه : أرض بين جماعة لأحدهم سدسها ولآخر نصفها ولآخر ثلثها يجعلها أسداسا اعتباراً بالأقل ثم يلقب السهام بالأول والثانى إلى السادس ويكتب أسامى الشركاء ويضعها فى كمه ، فمن خرج اسمه أولا أعطى السهم الأول ، فإن كان صاحب السدس فله الأول ، وإن صاحب الثلث فله الأول والذى يليه ، وإن صاحب النصف فله الأول واللذان يليانه كما فى العناية (قوله واعلم أن الدراهم) قيد الدراهم فى الدرر بالتى ليست من التركة ، وذكر فى الشرنبلالية أنه غير احترازى فلا تدخل فى القسمة ولو من التركة ؛

أقول : وما فى الدرر ذكره ابن الكمال والقهستانى وشراح الهداية كالمعراج والنهاية والكفاية ؛ وعلل المسألة الزيلعى بأنه لا شركة فيها ، ويفوت به التعديل أيضا فى القسمة ، لأن بعضهم يصل إلى عين المال المشترك فى الحال ودراهم الآخر فى الذمة فيخشى عليها التوى ، ولأن الجنسين المشتركين لايقسمان فما ظنك عند عدم الاشتراك اه ؛ فقد يقال : التعليل الأخير يفيد ما ذكره الشرنبلالى تأمل (قوله أومنقول) صرح به القهستانى (قوله إلابرضاهم) فلو كان بعض العقار ملكا وبعضه وقفا ، فإن كان المعطى هو الواقف جاز ويصير كأنه أخذ الوقف واشترى بعض ما ليس بوقف من شريكه ، وإن بالعكس فلا لأنه يلزم منه نقض بعض الوقف ، وحصة الوقف وقف وما اشتراه ملك له ولايصير وقفا كذا فى الإسعاف من فصل المشاع (قوله ولا تمكن التسوية) بأن لم تف العرصة بقيمة البناء زيلعى (قوله واستحسنه فى الاختيار) وقال فى الهداية : إنه يوافق رواية الأصول (قوله لم يشترط) أما لو اشترط تركهما على حالها فلا تفسخ ، ويكون له ذلك على ماكان قبل القسمة جوهرة (قوله واستؤنفت) أى على وجه يتمكن كل منهما من أن يجعل لنفسه طريقا ومسيلا لقطع الشركة ؛

بقى ما إذا لم يمكن ذلك أصلا وإن استؤنفت فكيف الحكم ، والظاهر أنها تستأنف أيضا لشرط فيها فليراجع (قوله أبقيناه) المناسب لما فى الزيلعى لبقيه : ونصه : ولو اختلفوا فى إدخال الطريق فى القسمة بأن قال بعضهم : لايقسم الطريق بل يبقى مشتركا كما كان قبل القسمة نظر فيه الحاكم ، فإن كان يستقيم أن يفتح كل فى نصيبه قسم الحاكم من غير طريق لجماعتهم تكميلا للمنفعة وتحقيقا للإفراز من كل وجه ، وإن كان لايستقيم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم لتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق اه (قوله إن أمكن إفراز كل) من إضافة المصدر إلى فاعله والمفعول محذوف : أى إفراز كل منهم طريقا على حدة (قوله اختلفوا فى مقدار عرض الطريق) أى فى سعته

زيلعى (بطوله) أى ارتفاعه حتى يخرج كل واحد منهم جناحا فى نصيبه ، إن فوق الباب لا فيما دونه لأن قدر طول الباب من الهواء مشترك والبناء على الهواء المشترك لا يجوز إلا برضا الشركاء جلالية :

(ولو شرطوا أن يكون الطريق فى قسمة الدار على التفاوت جاز وإن) وصلية (كان سهامهم فى الدار متساوية و) ذلك لأن (القسمة على التفاوت بالتراضى فى غير الأموال الربوية جائزة) فجاز قسمة التبن بالأكرار لأنه ليس بوزنى ، لا العنب بالشريجة على الصحيح بل بالقبان أو الميزان لأنه وزنى ه

(سفل له) أى فوقه (علو) مشتركان (وسفل مجرد) مشترك والعلو لآخر (وعلو مجرد) مشترك والسفل لآخر (قوّم كل واحد) من ذلك (على حدة ، وقسم بالقيمة) عند محمد وبه يفتى :

(أنكر بعض الشركاء بعد القسمة استيفاء نصيبه وشهد القاسمان بالاستيفاء) لحقه (تقبل) وإن قسما بأجر فى الأصح ابن ملك (ولو شهد قاسم واحد لا) لأنه فرد .

(ولو ادعى أحدهم أن من نصيبه شيئا) وقع (فى يد صاحبه غلطا وقد) كان (أقر بالاستيفاء) أو لم يقرّ به ذكره البرجندى (لم يصدق إلا ببرهان) أو إقرار الخصم أو نكوله ،

وضيقه وطوله ، فقال بعضهم : يجعل سعته أكبر من عرض الباب الأعظم وطوله من الأعلى إلى السماء ، وقال بعضهم غير ذلك عناية ، وبه ظهر أن الاختلاف فى تقدير الطريق المشترك لا فى طريق كل نصيب فافهم (قوله أى ارتفاعه) أفاد أن المراد هو الطول من حيث الأعلى لا من حيث المشى وهو ضد العرض ، لأنه إنما يكون إلى حيث ينتهون بها إلى الطريق الأعظم ، أفاده فى الكفاية وغيرها من شروح الهداية ، وأفادوا أنه يقسم بينهم مافوق طول الباب من الأعلى ويبقى قدر طول الباب من الهواء مشتركا بينهم (قوله إن فوق الباب) أى له ذلك إن كان فيما فوق طول الباب لأنه مقسوم بينهم كما علمت ، فصار بانيا على خالص حقه لا فيما دونه لبقائه مشتركا ، وبما قررناه اندفع ما بحثه الحموى (قوله مشترك) لأن اختلاف الشركاء فى تقدير طريق واحد مشترك بينهم كما أفاده ما قدمناه عن العناية لا فى طريق لكل نصيب بانفراده حتى يرد أنه حق المقاسم فافهم (قوله جاز) لأن رقبة الطريق ملك لهم وهى محل للمعاوضة ولوالجية (قوله بالأكرار) جمع كر : كيل معروف . وفى الولوالجية : تجوز بالأحمال لأن التفاوت فيها قليل (قوله بالشريجة) قال فى القاموس فى فصل الشين المعجمة من باب الجيم : الشريجة شىء من سعف يحمل فيه البطيخ ونحوه (قوله سفل) بضم السين وكسرها (قوله وعلو مجرد مشترك) أى بين الشريكين فى السفل الأول كما فى شرح المجمع ، وتظهر ثمرته على قولها تدبر (قوله وقسم بالقيمة) لأن السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بئر ماء أو سردابا أو إصطبلا أو غير ذلك فلا يتحقق التعديل إلا بالقيمة هداية (قوله عند محمد) وعندهما يقسم بالذراع ثم اختلفا ، فقال الإمام : ذراع من سفل بذراعين من علو ، وقال الثانى ذراع بذراع ، وبيانه فى الهداية وشروحها ، ثم الاختلاف فى الساحة . وأما البناء فيقسم بالقيمة اتفاقا كما فى الجوهرة والإيضاح (قوله تقبل) لأنهما شهدا بالاستيفاء وهو فعل غيرهما لا بالقسمة. وفى الجوهرة : هذا قولهما ، وقاسم القاضى وغيره سواء (قوله وإن قسما بأجر فى الأصح) مثله فى الجوهرة معزو للمستصفى : وذكر قبله أن عند محمد لا تقبل فى الوجهين لأنهما يشهدان على فعل أنفسهما لأن فعلهما التمييز : وأما إذا قسما بالأجر فلأن لهما منفعة إذا صحت القسمة الخ (قوله أو لم يقرّ به) أقول : هذا يفهم بالأولى من جهة أنه يصدق بالبرهان فإنه لم يتناقض أصلا ، فإذا صدق به مع الإقرار فمع عدمه بالأولى ، وإنما احتيج للبرهان هنا أيضا لما فى الخانية من أن الظاهر وقوع القسمة على وجه المعادلة فلا تنقض إلا ببينة ، وإن لا بينة فبالنكول (قوله أو نكوله) فلو كانوا جماعة ونكل واحد جمع نصيبه مع نصيب المدعى وقسم بينهما على قدر أنصبائهما كما فى الهداية

فلو قالا إلا بحجة لعمت ولا تناقض لأنه اعتمد على فعل الأمين ثم ظهر غلطه (وإن قال قبضته فأخذ شريكي بعضه وأنكر) شريكه ذلك (حلف) لأنه منكر (وإن قال قبل إقراره بالاستيفاء أصابني من ذلك كذا إلى كذا ولم يسلمه إلىّ) وكذبه شريكه (تحالفا وتفسخ القسمة) كالاختلاف فى قدر المبيع :

(ولو اقتسما دارا وأصاب كلا طائفة فادعى أحدهما بيتا فى يد الآخر أنه من نصيبه وأنكر الآخر فعليه البينة) لأنه مدّع (وإن أقاماها فالعبرة لبينة المدعى) لأنه خارج، وإن كان قبل الإشهاد على القبض تحالفا وفسخت وكذا لو اختلفا فى الحدود

(قوله فلو قال الخ) قال فى القاموس : البرهان الحجة ، فلا فرق حينئذ ، إذ كل منهما يعم البينة وإقرار الخصم أو نكوله رحمتي (قوله ولا تناقض الخ) جواب عن قول صاحب الهداية : ينبغى أن لا تقبل دعواه أصلا لتناقضه ، وإليه أشار من بعد اه أى أشار القدورى إليه بقوله بعده ، وإن قال قبل إقراره بالاستيفاء أصابني من كذا إلى كذا الخ فإنه يفيد أنه لو أقر فلا تحالف، وماذاك إلا لعدم صحة الدعوى بسبب التناقض، وأقره الشراح على هذا البحث :

واستدلوا له بما يأتى متنا وشرحا عن الخانية ، وبما فى المبسوط : اقتسما الدار وأشهدا على القسمة والقبض والوفاء ثم ادّعى أحدهما بيتا فى يد صاحبه لم يصدّق إلا أن يقرّ به صاحبه لأنه متناقض، ووفق ابن الكمال يحمل الحجة على الإقرار ، وزاد القهستانى أو يراد بالغلط الغصب اه :

وقال صدر الشريعة : وجه رواية المتن أنه اعتمد على فعل القاسم فى إقراره ، ثم لما تأمل حق التأمل ظهر الغلط فى فعله فلا يؤاخذ بذلك الإقرار عند ظهور الحق اه ومثله فى الدرر ، وهو الذى ذكره الشارح ، وأخذ منه فى الحامدية توفيقا حسنا بحمل ما فى المتن على ما إذا باشر القسمة غيره ، وما فى الخانية والمبسوط على ما إذا باشر القسمة بنفسه بدليل قول المبسوط : اقتسما فإن ظاهره أنه بأنفسهما تأمل ، وظاهر كلام صدر الشريعة أنهما روايتان فلا حاجة إلى التوفيق ، بل الأهم الترجيح ، فنقول : عامة المتون على ما مشى عليه المصنف ، وهى الموضوعة لنقل المذهب ، ولما عليه الفتوى . وعبارة متن المواهب : تقبل بينته ، وقيل لا . وفى الاختيار : وقيل لاتقبل دعواه للتناقض ، فأفادا عدم اعتماد الثانية . وفى البزازية : وإن أقر وبرهن لاتصح الدعوى إلا على الرواية التى اختارها المتأخرون أن دعوى الهزل فى الإقرار تصح ويحلف المقر له على أنه ما كان كاذبا فى إقراره اه :

قلت : وقدم الشارح فى كتاب الإقرار قبيل باب الاستثناء أنه بها يفتى لكن تبقى المنافاة بين هذا وبين مفهوم ما يأتى متنا كما أشار إليه فى الهداية ، وما ذكره صدر الشريعة لايدفع المنافاة ، لأن هذا الإقرار إن كان مانعا من صحة الدعوى لا تسمع البينة لابتناء سماعها على صحة الدعوى وإن لم يكن مانعا ينبغى أن يتحالفا كما فى الحواشى السعدية . وقد يجاب بأن قولهم هنا وقد أقر بالاستيفاء صريح ، وقولهم الآتى قبل إقراره بالاستيفاء مفهوم ، والمصرح به أن الصريح مقدم على المفهوم فليتأمل (قوله لأنه منكر) أى والآخر يدعى عليه الغصب (قوله وإن قال قبل إقراره بالاستيفاء) المراد أنه لم يحصل منه إقرار أصلا ط عن الشرنبلالية (قوله أصابنى من ذلك كذا إلى كذا) الأولى حذف لفظ ذلك كما عبر فى الغرر (قوله تحالفا وتفسخ القسمة) لأن الاختلاف فى مقدار ما حصل له بها هداية (قوله ولو اقتسما دارا الخ) هذه عين قوله فيما مر ولو ادعى الخ إلا أنها أعيدت لبناء مسائل أخر عليها كفاية (قوله لأنه خارج) فترجح بينته على بينة ذى اليد كما مر فى محله (قوله وإن كان قبل الإشهاد) مفهوم قوله وأصاب كلا طائفة ، فإن المراد وأشهدوا على ذلك اه ح (قوله وكذا لو اختلفا فى الحدود) بأن قال أحدهما هذا الحد لى قد دخل فى نصيبه وقال الآخر كذلك وأقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذى

(وإن استحق بعض معين من نصيبه لا تفسخ القسمة اتفاقا) على الصحيح (وفى استحقاق بعض شائع فى الكل تفسخ) اتفاقا (وفى) استحقاق (بعض شائع من نصيبه لا تفسخ) جبرا خلافا للثانى (بل) المستحق منه (يرجع) بحصة ذلك (فى نصيب شريكه) إن شاء أو نقض القسمة دفعا لضرر التشقيص :

قلت : قد بقى ههنا احتمال آخر ، وهو أن يستحق بعض من نصيب كل واحد ، فإن كان شائعا فسخت ، وإن كان معينا ، فإن تساويا فظاهر وإلا فالعبرة لذلك الزائد كما مر فلذا لم يفردوها بالذكر :

(ظهر دين فى التركة المقسومة تفسخ) القسمة (إلا إذا قضوه) أى الدين (أو أبرأ الغرماء

فى يد صاحبه لما مر ، وإن قامت لأحدهما بينة قضى له ، وإن لم تقم لواحد تحالفا كما فى البيع هداية وكفاية (قوله وإن استحق بعض معين الخ) قيد بالبعض لأنه لو استحق جميع ما فى يده يرجع بنصف ما فى يد شريكه كما فى شرح المجمع (قوله على الصحيح) الأولى أن يقول على الصواب كما يظهر من كلام شراح الهداية (قوله تفسخ اتفاقا) لأنه لو بقيت لتضرر المستحق بتفرق نصيبه فى النصيبين ، بخلاف النصيب الواحد إذ لا ضرر أفاده فى الهداية (قوله لا تفسخ جبرا) أى على المستحق منه لأن له الخيار (قوله خلافا للثانى) فعنده تفسخ لأجل المستحق ، لأنه ظهر أنه شريك ثالث والقسمة بلا رضاه باطلة ، وأشار إلى أن قول محمد كقول الإمام وهو الأصح كما فى الهداية (قوله بل المستحق منه يرجع الخ) يوهم أنه فى الأولى ليس كذلك ، فلو قال كابن الكمال وإن استحق بعض حصة أحدهما مشاع أولا لم تفسخ ورجع بقسطه فى حصة شريكه أو نقضها وتفسخ فى بعض مشاع فى الكل لكان أخصر وأظهر (قوله أو نقض القسمة) هذا إذا لم يكن باع شيئا مما فى يده قبل الاستحقاق وإلا فله الرجوع فقط كما أفاده فى الهداية (قوله قلت الخ) هذه العبارة لابن الكمال ملخصة من كلام صدر الشريعة المذكور فى المنح (قوله فإن كان شائعا) كالنصف مما فى يد كل مشاعا أو نصف أحدهما وربع الآخر فهذا صادق على التساوى والتفاوت ، بخلاف الشيوع فى الكل فى المسألة السابقة فإنه على التساوى فقط ، كما لو اقتسما دارا مثالثة فاستحق نصفها مشاعا فله نصف ما فى يد كل ، لكن الحكم فى كل الشيوعين واحد وهو الفسخ لما قدمناه فافهم (قوله فإن تساويا فظاهر) أى أنه لا فسخ ولا رجوع كما لو استحق من نصيب كل خمسة أذرع (قوله وإلا) أى إن لم يتساويا كأربعة من أحدهما وستة من الثانى ، فلا فسخ أيضا لعدم الضرر على المستحق كما قدمناه ويرجع الثانى على الأول بذراع لأنه زاد عليه به (قوله فلذا الخ) تفريع على قوله كما مر : أى لما شابهت هذه المسائل ما مر فى الأحكام لم يفردوها بالذكر لفهمها من العلل السابقة ، أما الفسخ فى الشائع وعدمه فى المعين فللضرر على المستحق وعدمه كما علمته ، وأما الرجوع على الشريك عند عدم التساوى فإنه يعلم من قوله يرجع فى نصيب شريكه أى ليصل كل إلى حقه بلا زيادة لأحدهما على الآخر ، ومقتضاه أن له نقض القسمة أيضا دفعا لضرر التشقيص ، وأما عدم الرجوع عند التساوى فظاهر لأنه لم يزد أحدهما على الآخر بشىء فافهم :

[تتمة] إذا جرت القسمة فى دارين أو أرضين وأخذ كل واحدة ثم استحقت إحداهما بعد ما بنى فيها صاحبها يرجع على صاحبه بنصف قيمة البناء ، قيل هذا قول الإمام لأن عنده قسمة الجبر لا تجرى فى الدارين فكانت فى معنى البيع ، والأصح أنه قول الكل خانية ، ولو فى دار لم يرجع تاترخانية (قوله ظهر دين الخ) ومثله لو ظهر موصى له بألف مرسلة فتفسخ إلا إذا قضوه لتعلق حق الدائن والموصى له مرسلا بالمالية ، بخلاف ما إذا

ذمم الورثة أو يبقى منها) أى من التركة (مايفى به) لزوال المانع (ولو ظهر غبن فاحش) لايدخل تحت التقويم (فى القسمة) فإن كانت بقضاء (بطلت) اتفاقا لأن تصرف القاضى مقيد بالعدل ولم يوجد (ولو وقعت بالتراضى) تبطل أيضا (فى الأصح) لأن شرط جوازها المعادلة ولم توجد فوجب نقضها خلافا لتصحيح الخلاصة ؛

قلت : فلو قال كالكنز تفسخ لكان أولى (وتسمع دعواه ذلك) أى ما ذكر من الغبن الفاحش (إن لم يقر بالاستيفاء ، وإن أقر به لا) تسمع دعوى الغلط والغبن للتناقض ، إلا إذا ادعى الغصب فتسمع دعواه ، وتمامه فى الخانية ؛

(ادعى أحد المتقاسمين) للتركة (دينا فى التركة صح) دعواه لأنه لا تناقض لتعلق الدين بالمعنى والقسمة للصورة (ولو ادعى عينا) بأى سبب كان (لا) تسمع للتناقض ، إذ الإقدام على القسمة اعتراف بالشركة ؛ وفى الخانية : اقتسموا دارا أو أرضا ثم ادعى أحدهم فى قسم الآخر بناء أو نخلا زعم أنه بناه أو غرسه لم تقبل بينته ؛

ظهر وارث آخر أو موصى له بالثلث أو الربع فقال الورثة نقضى حقه ولا تفسخ القسمة لتعلق حقهما بعين التركة فلا ينتقل إلى مال آخر إلا برضاهما كما فى النهاية ، لكن هذا إذا كانت القسمة بغير قاض ، فلو به فظهر وارث وقد عزل القاضى نصيبه لا تنقض ، وكذا لو ظهر الموصى له فى الأصح كما فى التاترخانية (قوله ذمم الورثة) كذا فى الدرر ؛ قال ط : فيه أن الدين تعلق بعين التركة بعد تعلقه بذمة الميت اهـ ؛

[تتمة] أجاز الغريم قسمة الورثة قبل قضاء الدين له نقضها وكذا إذا ضمن بعض الورثة دين الميت برضا الغريم إلا أن يكون بشرط براءة الميت لأنها تصير حوالة فينتقل الدين عليه وتخلو التركة عنه وهى الحيلة لقسمة تركة فيها دين كما بسطه فى البزازية وغيرها (قوله ولو ظهر غبن فاحش فى القسمة) أى فى التقويم للقسمة ، بأن قوم بألف فظهر أنه يساوى خمسمائة ، قيد بالفاحش لأنه لو يسيرا يدخل تحت تقويم المقومين لاتسمع دعواه ، ولا تقبل بينته كما فى المنح (قوله خلافا لتصحيح الخلاصة) من أنه لا تسمع دعواه . قال المصنف فى المنح : والصحيح المعتمد ماقدمناه عن الكافى وقاضيخان ، وبه جزم أصحاب المتون وصححه أصحاب الشروح ، وبه أفتيت مرارا (قوله قلت الخ) مأخوذ من حاشية الرملى حيث قال وقوله بطلت . قال فى الكنز : ولوظهر غبن فاحش فى القسمة تفسخ ، وفى متن الغرر تبطل فتبعه بقوله هنا بطلت فيفهم ظاهره أنها تحتاج إلى الفسخ مع أن الأمر بخلافه ، فكان ينبغى له موافقته دون متن الغرر اهـ ؛

أقول : وفيه نظر يدل عليه قول الخانية تسمع دعواه فى الغبن وله أن يبطل القسمة كما لوكانت بقضاء القاضى وهو الصحيح ، فمقتضاه أنها تحتاج إلى الفسخ وأن معنى تبطل وبطلت له إبطالها ، وبه يشعر قول الكنز تفسخ حيث لم يقل تنفسخ ، والظاهر أن لفظة لا ساقطة من قلم الرملى قبل قوله تحتاج تأمل (قوله لاتسمع دعوى الغلط) تقدم الكلام عليه مستوفى وأنه مخالف للمتون (قوله وتمامه فى الخانية) ذكر عبارتها فى المنح (قوله صح دعواه) فتنقض القسمة إلا بالقضاء أو الإبراء كما مر ، ولو كان باع أحدهم حصته بطل البيع كالقسمة كما فى الخانية (قوله لتعلق الدين بالمعنى) وهو مالية التركة ولذا كان لهم أن يقضوا الغريم ويستقلوا بها كما مر (قوله بأى سبب كان) أى بشراء أو هبة أو غير ذلك ؛ ونقل السائحانى عن المقدسى : اقتسما التركة ثم ادعى أحدهما أن أباه كان جعل هذا المعين له ، إن كان قال فى صغرى يقبل ، وإن مطلقا لا اهـ لأن التناقض فى موضع الخفاء عفو كما مر فى محله (قوله إذ الإقدام على القسمة) قيد به لأنها إذا كانت جبرا على المدعى تسمع دعواه ولايكون تناقضا رملى (قوله لم تقبل بينته) لدخول البناء والنخل تبعا ، فلو اقتسموا شجرا أو بناء فادعى أحدهم الأرض كلها أو بعضها جاز لعدم التبعية لجواز كونه مشتركا دون الأرض ؛

(وقعت شجرة في نصيب أحدهما أغصانها متدلية فى نصيب الآخر ليس له أن يجبره على قطعها ، به يفتى) لأنه استحق الشجرة بأغصانها اختيار .

(بنى أحدهما) أى أحد الشريكين (بغير إذن الآخر) فى عقار مشترك بينهما (فطلب شريكه رفع بنائه قسم) العقار (فإن وقع) البناء (فى نصيب البانى فيها) ونعمت (وإلا هدم) البناء ، وحكم الغرس كذلك بزازية .

(القسمة تقبل النقض ، فلو اقتسموا وأخذوا حصتهم ثم تراضوا على الاشتراك بينهم صح) وعادت الشركة فى عقار أو غيره ، لأن قسمة التراضى مبادلة ويصح فسخها ومبادلتها بالتراضى بزازية .

(المقبوض بالقسمة الفاسدة) كقسمة على شرط هبة أوصدقة أوبيع من المقسوم أوغيره (يثبت الملك ويفيد) جواز (التصرف فيه) لقابضه ويضمنه بالقيمة (كالمقبوض بالشراء الفاسد) فإنه يفيدالملك كمامر فى بابه (وقيل لا) يثبته جزم بالقيل فى الأشباه ، وبالأول فى البزازية والقنية .

ففي الخلاصة وغيرها : لو ادعى شجرا فقال المدعى عليه ساومنى ثمره أو اشتر منى لايكون دفعا لجواز كون الشجر له والثمرة لغيره وهى واقعة الفتوى ، وأفتيت بسماعها لما ذكر رملى ملخصا (قوله ليس له أن يجبره على قطعها) أى الأغصان . قال في الخانية : كما لو وقع فى قسم أحدهما حائط عليه جذوع للآخر فإنه لايؤمر برفعه (قوله لأنه استحق الشجرة بأغصانها) أى على هذه الحالة ط (قوله بغير إذن الآخر) وكذا لو بإذنه لنفسه لأنه مستعير لحصة الآخر ، وللمعير الرجوع متى شاء . أما لو بإذنه للشركة يرجع بحصته عليه بلا شبهة رملى على الأشباه (قوله وإلا هدم البناء) أو أرضاه بدفع قيمته ط عن الهندية .

أقول : وفى فتاوى قارئ الهداية : وإن وقع البناء فى نصيب الشريك قلع وضمن مانقصت الأرض بذلك اه وقد تقدم فى كتاب الغصب متنا أن من بنى أو غرس فى أرض غيره أمر بالقلع وللمالك أن يضمن له قيمة بناء أو غرس أمر بقلعه إن نقصت الأرض به ، والظاهر جريان التفصيل هنا كذلك تأمل (قوله فى عقار أوغيره) لم أرهذا التعميم لغيره وإن كان ظاهر المتن ، لأن المصنف عزاه للبزازية . وعبارتها : قسموا الأراضى وأخذوا حصتهم الخ فهو خاص بالعقار كما يظهر قريبا (قوله لأن قسمة التراضى) كذا فى غالب النسخ ، وفى بعضها الأراضى وهو الذى فى المتن ، وهكذا رأيته فى البزازية وغيرها . وعلل فى الذخيرة بأن القسمة فى غير المكيل والموزون فى معنى البيع فكان نقضها بمنزلة الإقالة اه .

أقول : والظاهر منه أن القسمة فى المثلى لا تنتقض بمجرد التراضى لأنها ليست بعقد مبادلة لأن الراجح فيها جانب الإفراز كما مر ، نعم إذا خلطوا ما قسموه من المثلى برضاهم تجددت شركة أخرى ، وبه ظهر ما ذكرناه آنفا تأمل (قوله ومبادلتها) عبارة البزازية وإقالتها (قوله جزم بالقيل فى الأشباه) لكن اعترضه البيرى بأنه مبنى على ما ظنه من أن الباطل والفاسد فى القسمة سواء والمنقول خلافه . ونقل الحموى عن المصنف أنه لم يطلع على ماذكره فى الأشباه ، وذكر هو أيضا أنه لم يقف عليه وأنه يحتمل أن لا وقعت سهوا . ثم قال : وعلى كل فالفتوى والعمل على أنها تملك بالقبض لأنه هو المنقول فى كتب المذهب ، وغيره لم يطلع عليه إلا فى عبارة الأشباه مع ما فيها من الاحتمال فلا يصح أن يعول عليها اه .

أقول : والعجب من المصنف حيث ذكره فى متنه بعد قوله لم أطلع عليه وكان فى سعة من عدم ذكره ولاسيما المتون مبنية على الاختصار وموضوعة لما عليه الفتوى .

[تتمة] اقتسموا أرضا موقوفة بتراضيهم ثم أراد أحدهم بعد سنين إبطال القسمة له ذلك لأن قسمتها بين

(ولو تهايآ فى سكنى دار) واحدة يسكن هذا بعضا وذا بعضا أو هذا شهرا وذا شهرا (أو دارين) يسكن كل دارا (أو فى خدمة عبد) يخدم هذا يوما وذا يوما (أو عبدين) يخدم هذا هذا والآخر الآخر (أو فى غلة دار أو دارين) كذلك (صح) التهايؤ فى الوجوه الستة استحسانا اتفاقا . والأصح أن القاضى يهايئ بينهما جبرا بطلب أحدهما ، ولا تبطل بموت أحدهما ولا بموتهما ، ولو طلب أحدهما القسمة فيما يقسم بطلت ، ولو اتفقا

الموقوف عليهم لا تجوز عند الجميع حاوى الزاهدى . وفيه : أرض قسمت فلم يرض أحدهم بنصيبه ثم زرعه لم يعتبر لأن القسمة ترتد بالرد (قوله ولو تهايآ) الهيئة الحالة الظاهرة للمتهيئ للشىء والتهايؤ تفاعل منها ، وهو أن يتواضعوا على أمر فيتراضوا به والمهايأة بإبدال الهمزة ألفا لغة ، وهى فى لسان الشرع قسمة المنافع ، وإنما جائزة فى الأعيان المشتركة التى يملك الانتفاع بها على بقاء عينها ، وتمامه فى شرح الهداية (قوله يسكن هذا بعضا الخ) أشار إلى أن التهايؤ قد يكون فى الزمان وقد يكون من حيث المكان ، والأول متعين فى العبد الواحد ونحوه كالبيت الصغير ، ولو اختلفا فى التهايؤ من حيث الزمان والمكان فى محل يحتملها يأمر القاضى بأن يتفقا لأنه فى المكان أعدل لانتفاع كل فى زمان واحد وفى الزمان أكمل لانتفاع كل بالكل ، فلما اختلفت الجهة فلابد من الاتفاق ، فإن اختاراه من حيث الزمان يقرع فى البداية نفيا للتهمة هداية ، وقيد بالزمان لأن التسوية فى المكان تمكن فى الحال بأن يسكن هذا بعضا والآخر بعضا ، أما الزمان فلا تمكن إلا بمضى مدة أحدهما كفاية .

أقول : لكن قد يقع الاختلاف فى تعيين المكان فينبغى أن يقرع تأمل . قال الرملى : ولو تشاحا فى تعيين المدة مثلا بأن قال أحدهما سنة بسنة والآخر شهر بشهر لم أره ، والظاهر تفويضه للقاضى . ولايقال يأمرهمابالاتفاق كالاختلاف من حيث الزمان والمكان لأن مع كل وجها فيها ، بخلافه هنا وإن قيل يقدم الأقل حيث لا ضرر بالآخر لأنه أسرع وصولا إلى الحق فله وجه تأمل اهـ .

[تنبيه] فى الهداية لكل واحد أن يستغل ما أصابه بالمهايأة وإن لم يشرط ذلك لحدوث المنافع على ملكه اهـ . قال السائحانى : أفاد فى التاترخالية أن تهايؤ المستأجرين صحيح غير لازم ، وإن شرطا على المؤجر أن لأحدهما مقدم الدار وللآخر مؤخرهافسدالعقد ، ولولم تسع سكناهما وأحدهما ساكن وطلب الآخرالتهايؤ زمانا يجاب كما فى حيطان الخانية اهـ (قوله كذلك) أى يأخذ هذا شهرا والآخر شهرا أو يأخذ هذا غلة هذه والآخر غلة الأخرى (قوله ولا تبطل بموت أحدهما الخ) لأنها لو بطلت لاستأنفها الحاكم ولا فائدة فى الاستئناف زيلعى ، وإذا تهايآ فى مملوكين استخداما فمات أحدهما أوأبق انتقضت ، ولو استخدمه الشهر كله إلا ثلاثة أيام نقص من الشهرالآخر ثلاثة أيام ، ولو زاد ثلاثة لا يزيد الآخر ، ولو أبق الشهر كله واستخدم الآخر فيه فلا أجر ولاضمان ، ولوعطب أحد الخادمين أو انهدم المنزل من السكنى أو احترق من نار أوقدها فلا ضمان تاترخانية (قوله بطلت) عبارة الهداية يقسم وتبطل المهيأة ، وقد أفاد أنه لو طلب أحدهما المهايأة والآخر القسمة يجاب الثانى كما فى الهداية . وفي التاترخالية : أجر كل منهما الدار التى فى يده فأراد أحدهما نقض المهايأة وقسمة رقبة الدار له ذلك إذا مضت مدة الإجارة وذكر قبله لكل نقض المهايأة ولو بلا عذر فى ظاهر المذهب . قال الحلوانى : هذا إذا قال أريد بيع نصيبى أو قسمته ، أما لو أراد عود المنافع مشتركة فلا . وقال شيخ الإسلام : ما فى ظاهر الرواية من أن له نقضها ولو بلا عذر إذا حصلت بتراضيهما ، فلو بالقضاء فلا ما لم يصطلحا لأنه فى الأول يحتاج إلى ما هو أعدل وهو القسمة بالقضاء (قوله ولو اتفقا الخ) وكذا لو سكتا فطعام كل على مخدومه استحسانا ، وفى القياس عليهما

على أن نفقة كل عبد على من يخدمه جاز استحسانا بخلاف الكسوة ، وما زاد فى نوبة أحدهما فى الدار الواحدة مشترك لا فى الدارين ، وتجوز فى عبد ودار على السكنى والخدمة وكذا فى كل مختلفى المنفعة ملتقى ، وتمامه فيما علقته عليه :

(ولو) تهايآ (فى غلة عبد أو فى غلة عبدين أو) تهايآ (فى غلة بغل أو بغلين أو) فى (ركوب بغل أو بغلين أو) فى (ثمرة شجرة أو) فى (لبن شاة لا) يصح فى المسائل الثمان : وحيلة الثمار ونحوها أن يشترى حظ شريكه ثم يبيع كلها بعد مضى نوبته أو ينتفع باللبن بمقدار معلوم استقراضا لنصيب صاحبه ،

وقوله بخلاف الكسوة فيه تفصيل ، إن لم يبينا مقدارا معلوما لا يجوز ، وإن بينا يجوز استحسانا ؛ أما الطعام فجائز اشتراطه على من يخدم ، وإن لم يبين مقداره استحسانا أفاده ط عن الهندية (قوله وما زاد الخ) أى من الغلة وهو مرتبط بقول المصنف أو فى غلة دار أو دارين (قوله مشترك) لتحقيق التعديل ، بخلاف ما إذا كان التهايؤ على المنافع فاستغل أحدهما فى نوبته زيادة لأن التعديل فيما وقع عليه التهايؤ حاصل وهو المنافع فلا يضره زيادة الاستغلال هداية :

أقول : ظهر من هذا أن زيادة الغلة فى نوبة أحدهما لا تنافى صحة المهايأة والجبر عليها ، ويتأمل هذا مع ما فى فتاوى قارئ الهداية أن السفينة لايجبر على التهايؤ فيها حملا ولا استغلالا من حيث الزمان بأن يستغلها هذا شهرا والآخر شهرا بل يؤجرانها والأجرة لهما اهـ وعلله بعضهم بأنه قد تكون غلة شهر أزيد من غلة آخر فلا يوجد التساوى اهـ ولعل المراد لا يجبر على وجـــه يختص كل منهما بالزائد من الغلة وإلا فهو مشكل فليتأمل (قوله لا فى الدارين) لأن فيهما معنى التمييز والإفراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء ، وفى الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا وجعل كل منهما فى نوبته كالوكيل عن صاحبه هداية (قوله على السكنى والخدمة) بأن يسكن أحدهما الدار سنة ويستخدم الآخر العبد سنة ، وعلى الغلة باطلة عنده خلافا لهما ذخيرة : قال فى الدر المنتقى : الجواز فى المتحد ، ففى المختلف أولى (قوله وكذا فى كل مختلفى المنفعة) قال فى الدر المنتقى : كسكنى الدور وزرع الأرضين وكحمام ودار كما فى الاختيار (قوله وتمامه الخ) هو ما ذكرناه (قوله لا يصح فى المسائل الثمان) لكن الثانية والرابعة والخامسة والسادسة عند الإمام والباقى بالاتفاق كما أوضحه فى المنح :

قال فى الدرر : أما فى عبد أو بغل واحد فلأن النصيبين يتعاقبان فى الاستيفاء ، فالظاهر التغير فى الحيوان فتفوت المعادلة ، بخلاف الدار الواحدة لأن الظاهر عدم التغير فى العقار ، وأما فى عبدين أو بغلين فلأن التهايؤ فى الخدمة جوّز للضرورة لامتناع قسمتها ولا ضرورة فى الغلة لأنها تقسم ، وأما فى ركوب بغل أو بغلين فلتفاوته بالراكبين فلا تتحقق التسوية فلا يجبر القاضى عليه ، وأما فى ثمرة شجرة أو لبن شاة ونحوه فلأن التهايؤ مختص بالمنافع لامتناع قسمتها بعد وجودها بخلاف الأعيان اهـ ملخصا ، ولو لهما جاريتان فتهايآ على أن ترضع إحداهما ولد أحدهما والأخرى ولد الآخر جاز ، لأن لبن الآدمى لا قيمة له فجرى مجرى المنافع منح (قوله ونحوها) أى من الأعيان التى لا تجرى فيها المهايأة :

أقول : ومنها عدة الحمام كالمزبلة والحمير والمناشف ونحوها ، فتنبه له فإنه مما يغفل عنه (قوله أن يشترى حظ شريكه) أى من الشجرة والشاة كما فى الكفاية لا من الثمرة فافهم (قوله ثم يبيع كلها) أى حصته وما اشتراه من شريكه فافهم (قوله أو ينتفع باللبن) هذا مقابل لقوله أن يشترى لكنه ناظر إلى الشاة : أى إما أن يشترى حظه من الشاة ، وإما أن يستقرض لبنها فلا يصح عطفه بالواو فافهم (قوله بمقدار معلوم) بأن يزن ما يحلبه كل

إذ قرض المشاع جائز :

[فروع] الغرامات إن كانت لحفظ الأملاك فالقسمة على قدر الملك ، وإن لحفظ الأنفس فعلى عدد الرؤوس ولا يدخل صبيان ونساء ، فلو غرّم السلطان قرية تقسم على هذا ، ولو خيف الغرق فاتفقوا على إلقاء أمتعة فالغرم بعدد الرؤوس لأنها لحفظ الأنفس :

المشترك إذا انهدم فأبى أحدهما العمارة ، إن احتمل القسمة لا جبر وقسم

يوم حتى تفرغ المدة ثم يستوفى صاحبه مقداره في نوبته . وفى الخانية : تواضعا فى بقرة على أن تكون عند كل منهما خمسة عشر يوما يحلب لبنها كان باطلا ، ولا يحل فضل اللبن لأحدهما وإن جعله صاحبه فى حل لأنه هبة المشاع فيما يقسم إلا أن يكون استهلكه فيكون إبراء عن الضمان فيجوز (قوله إذ قرض المشاع جائز) ومنه ما فى هبة النهاية : إذا دفع إليه ألفا وقال خمسمائة قرضا وخمسمائة شركة جاز : واعترض فى السعدية بأن قرض المشاع وإن جاز لكن تأجيله لا يجوز . قلت : فيه نظر لأنه غير لازم لا غير جائز كما مر فى بابه فتدبر :

[تتمة] لم يذكر فى الكتاب المهايأة على لبس الثوبين. قال بعض مشايخنا. لا يجوز عند الإمام خلافا لهما للتفاوت الناس فى اللبس تفاوتا فاحشا طورى عن المحيط (قوله إن كانت) هذا أحد أقوال ثلاثة حكاها فى الولوالجية وغيرها ، ثانيها على الأملاك مطلقا ، ثالثها عكسه : بقى الكلام فى معرفة ما هى لحفظ الأملاك وما هى لحفظ الرؤوس فى زماننا وهو عسير ، فإن الظلمة يأخذون المال من أهل قرية أو محلة أو حرفة مرتبا فى أوقات معلومة وغير مرتب بسبب وبلا سبب . ورأيت فى آخر قسمة الحامدية ما ملخصه موضحا : ولم أر أحدا تعرّض للتفصيل غير المرحوم والدى على أفندى العمادى ، وهو أن القاعدة أنه إذا قطع النظر عن إضافة الأملاك إلى أهل القرية صار أهلها كالتركمان والعربان فلا يوزع عليهم إلا ما يطلبه السلطان من نحو التركمان كالعوارض وجريمة ما يتهمون به من سرقة أو قتل أو عدم مدافعة ذلك ، وكالقيام بالضيف إلا نحو العلف لأنهم لا يزرعون ، وما يأخذه الوالى من المشاهرة وما عداه مما يطلب بسبب الأملاك كالتبن والشعير والحطب والذخيرة فعلى الملاك بحسب أملاكهم اه فتأمل (قوله ولا يدخل صبيان ونساء) الظاهر أنه خاص فيما لحفظ الأنفس يرشد إليه التعليل : قال فى الولوالجية : فإن لتحصين الأملاك فعلى قدرها لأنها لتحصين الملك فصارت كمؤنة حفر النهر ، وإن لتحصين الأبدان فعلى قدر الرؤوس التى يتعرض لهم لأنها مؤنة الرأس ، ولا شىء على النساء والصبيان لأنه لا يتعرض لهم اه فتدبر (قوله ولو خيف الغرق الخ) نقله فى الأشباه عن فتاوى قارئ الهداية (قوله فاتفقوا الخ) يفهم منه أنهم إذا لم يتفقوا على الإلقاء لا يكون كذلك بل على الملقى وحده وبه صرح الزاهدى فى حاويه . قال رامزا : أشرفت السفينة على الغرق فألقى بعضهم حنطة غيره فى البحر حتى خفت يضمن قيمتها فى تلك الحال اه رملى على الأشباه ، وقوله فى تلك الحال متعلق بقيمتها أى يضمن قيمتها مشرفة على الغرق كما ذكره الشارح فى كتاب الغصب : ثم قال رملى : ويفهم منه أن لا شىء على الغائب الذى له مال فيها ولم يأذن بالإلقاء ، فلو أذن بأن قال : إذا تحققت هذه الحالة فألقوا اعتبر إذنه اه (قوله بعدد الرؤوس) يجب تقييده بما إذا قصد حفظ الأنفس خاصة كما يفهم من تعليله : أما إذا قصد حفظ الأمتعة فقط ، كما إذا لم يخش على الأنفس وخشى على الأمتعة بأن كان الموضع لا تغرق فيه الأنفس وتتلف فيه الأمتعة فهى على قدر الأموال ، وإذا خشى على الأنفس والأموال فألقوا بعد الاتفاق لحفظهما فعلى قدرهما ، فمن كان غائبا وأذن بالإلقاء إذا وقع ذلك اعتبر ماله لا نفسه ، ومن كان حاضرا بماله اعتبر ماله ونفسه ، ومن كان بنفسه فقط اعتبر نفسه فقط ، ولم أر هذا التحرير لغيرى ولكن أخذته من التعليل فتأمل رملى على الأشباه ، وأقره الحموى وغيره (قوله المشترك إذا انهدم الخ) استثنى الشيخ شرف الدين منه مسألة ، وهى جدار بين

وإلا بنى ثم آجره ليرجع بما أنفق لو بأمر القاضي ، وإلا فبقيمة البناء وقت البناء له التصرف فى ملكه وإن تضرر جاره فى ظاهر الرواية الكل فى الأشباه ، وفى المجتبى وبه يفتى ، وفى السراجية : الفتوى على المنع : قال المصنف فقد اختلف الإفتاء ، وينبغى أن يعوّل على ظاهر الرواية اه :

قلت : ومر فى متفرقات القضاء وفى الوهبانية وشرحها :

يتيمين خيف سقوطه وفى تركه ضرر عليهما ولهما وصيان فأبى أحدهما العمارة يجبر على البناء مع صاحبه ، وليس كإباء أحد المالكين لرضاه بدخول الضرر عليه فلا يجبر وهنا الضرر على الصغير كما فى الخانية ويجب أن يكون الوقف كذلك اه أبو السعود ملخصا (قوله وإلا بنى الخ) فى حاشية الشيخ صالح على الأشباه : أطلق المصنف فى عدم الجبر فيما لا يحتمل القسمة فشمل ما إذا انهدم كله وصار صحراء أو بقى منه شىء ؛

وفى الخلاصة : طاحونة أو حمام مشترك انهدم وأبى الشريك العمارة يجبر ، هذا إذا بقى منه شىء ، أما إذا انهدم الكل وصار صحراء لايجبر ، وإن كان الشريك معسرا يقال له أنفق ويكون دينا على الشريك الخ : وفى الخلاصة أيضا : ولو أبى أحدهما أن يسقى الحرث يجبر : وفى أدب القضاء من الفتاوى : لايجبر ولكن يقال اسقه وأنفق ثم ارجع بنصف ما أنفقت اه أبو السعود :

أقول : استفيد مما فى الخلاصة أن عدم الجبر لو معسرا تأمل ، ولا يخفى أن نحو الحمام مما لايقسم إذا انهدم كله وصار صحراء صار مما يقسم كما صرحوا به فلا يرد على إطلاق المصنف ، لأن الكلام فيما لا يحتمل القسمة فافهم : هذا ، وظاهر كلام الخلاصة الثانى أن الجبر بنحو الضرب والحبس ، وقد فسره فى موضع آخر بأمر القاضى بأن ينفق ويرجع بنصفه ، ومثله فى البزازية تأمل ، وما ذكره الشارح سيأتى قريبا عن الوهبانية :

[تتمة] زرع بينهما فى أرضهما طلبا قسمته دون الأرض ، فلو بقلا واتفقا على القلع جازت ، وإن شرطا البقاء أو أحدهما فلا ولو مدركا ، فإن شرطا الحصاد جازت اتفاقا أو الترك فلا عندهما وجازت عند محمد ، وكذلك الطلع على النخيل على التفصيل ، ولو طلبا من القاضى لايقسمه بشرط الترك ، وأما بشرط القلع فعلى الروايتين(١) ولو طلب أحدهما منه لايقسم مطلقا تاترخانية (قوله له التصرف فى ملكه الخ) إن أريد بالملك ما يعم ملك المنفعة شمل الموقوف للسكنى أو الاستغلال أفاده الحموى (قوله قال المصنف الخ) ونقله ابن الشحنة عن أئمتنا الثلاثة وعن زفر وابن زياد ، وقال : وهو الذى أميل إليه وأعتمده ، وأفتى به تبعا لوالدى اه وجعله فى العمادية للقياس وقال : لكن ترك القياس فى المواضع التى يتعدى ضرر تصرفه إلى غيره ضررا بينا ، وبه أخذ كثير من مشايخنا وعليه الفتوى اه وهذا قول ثالث : قال العلامة البيرى : والذى استقر عليه رأى المتأخرين أن الإنسان يتصرف فى ملكه وإن أضر بغيره ما لم يكن ضررا بينا ، وهو ما يكون سببا للهدم أو ما يوهن البناء أو يخرج عن الانتفاع بالكلية ، وهو مايمنع من الحوائج الأصلية كسد الضوء بالكلية والفتوى عليه اه :

وفى حاشية الشيخ صالح : والمنع هو الاستحسان ، وهو الذى أميل إليه إذا كان الضرر بينا اه وبه أفتى أبو السعود مفتى الروم ، وهو الذى عليه العمل فى زماننا ، ومشى عليه الشرنبلالى ، وكذا المصنف فى متفرقات القضاء ، وارتضاه الشارح هناك : ثم قال : وبقى مالو أشكل هل يضر أم لا ، وقد حرر محشى الأشباه المنع قياسا على مسألة السفل والعلو أنه لايتد إذا ضر ، وكذا إن أشكل على المختار الخ (قوله وفى الوهبانية وشرحها) الثلاثة الأول من الوهبانية والأربعة الباقية من نظم شارحها ابن الشحنة ، لكنه ذكر الأخير بعد أبيات فافهم.

---

(١) (قوله فعلى الروايتين) أى فى جواز مباشرة القاضى لمثل هذه القسمة من كل قسمة اشتملت على الضرر ، فعلى إحدى الروايتين يجوز وعلى الأخرى لا اه .

ولو زرع الإنسان أرزا بداره فليس لجار منعه لو يضرر
وحيط له أهل فحمل واحد ولا حمل فيه قبل ليس يغير
وما لشريك أن يعلى حيطه وقيل التعلى جائز فيعمر
وممنوع قسم عند منع مشارك من الرم قاض مؤجر فيعمر
وينفق فى المختار راض بإذنه ويمنع نفعا من أبى قبل يخسر
وخذ منفقا بالإذن منه كحاكم وخذ قيمة إلا وهذا المحرر

(قوله ولو زرع الإنسان أرزا الخ) الأرز كقفل وقد تضم راؤه وتشدد الزاى وبعضهم يفتح الهمزة وبعضهم يحذفها ، وهذا مبنى على ظاهر الرواية ، والفتوى على التفصيل شرنبلالى (قوله وحيط) جعله ابن الشحنة مجرورا بواو رب ، والأولى رفعه مبتدأ وجملة له أهل أى أصحاب صفة له ، وقوله فحمل واحد ، أى وضع عليه جذوعه معطوف على متعلق الجار ، وقوله ولا حمل فيه قبل جملة حالية وفى بمعنى على ، أى لم يكن عليه جذوع قبل ذلك، وجملة ليس يغير خبر المبتدإ : أى ليس للشريك الآخر رفع ما حمله أحدهم . قال ابن الشحنة : وهذا لو الحائط يحتمل ذلك كما فى البزازية ويقال للآخر ضع أنت مثل ذلك إن شئت ، وهذا بخلاف ما إذا كان لهما عليه خشب فأراد أحدهما أن يزيد على خشب صاحبه أو يتخذ عليه سترا أو يفتح كوة أو بابا فللآخر منعه لأن القياس المنع من التصرف فى المشترك ، إلا أنا تركنا القياس فى الأولى للضرورة إذ ربما لا يأذن له شريكه فيتعطل عليه منفعة الحائط اه بمعناه (قوله وما لشريك الخ) صورة ذلك حائط بين رجلين قدر قامة أراد أحدهما أن يزيد فى طوله وأبى الآخر فله منعه ذخيرة وغيرها وإلى ترجيحه لكونه رواية عن محمد(١) أشار بتقديمه ، وتعبيره عن الثانى بقيل أفاده ابن الشحنة ثم نقل تقييد المنع بما إذا كان شيئا خارجا عن العادة ، ووفق به بين القولين ، واعتمده ونظمه فى بيت غير به نظم الوهبانية ، وكأن الشارح لم يعول عليه لظهور الوجه الأول ، لأنه تصرف فى المشترك بلا ضرورة فيبقى على الأصل من المنع ، ولذا اقتصر عليه فى الخانية فى باب الحيطان وقال ليس له الزيادة بلا إذن أضر الشريك أولا . وفى الخيرية : ومثله فى كثير من الكتب والفقه ، فيه أنه يصير مستعملا لملك الغير بلا إذنه فيمنع ، وهذا مما لا شبهة فيه اه فتنبه (قوله وممنوع قسم) أى مالا تمكن قسمته كالحمام ، وقوله من الرم متعلق بمنع : أى عند امتناع الشريك من الترميم ، وقوله قاض مؤجر مبتدأ وخبر والجملة خبر المبتدإ وهو ممنوع ، يعنى أن القاضى يؤجره ويعمره بالأجرة ، وهذا أحد قولين حكاهما فى الخانية (قوله وينفق فى المختار الخ) هذا هو القول الثانى ، قال فى الخانية : والفتوى عليه . قال ابن الشحنة : والمراد بالراضى الراضى بالرم والعمارة ، يظهر ذلك من مقابلته بالآبى ، وضمير إذنه للقاضى ، وقبل يخسر : أى قبل أن يخسر للبانى ما يخصه مما صرفه اه :

وحاصله : أنه ينفق الراضى بالترميم بإذن القاضى ويمنع الآبى من الانتفاع قبل أداء ما يخصه . وقال ابن الشحنة : ومفهوم التقييد بالرم أنه لو انهدم جميعه حتى صار صحراء لا يجرى ما ذكر من الاختلاف كما صرح به فى البزازية اه أى لأنه يصير حينئذ مما يقسم كما قدمناه (قوله وخذ منفقا) بفتح الفاء اسم مفعول ، وهذا زاده ابن الشحنة تفصيلا لبيت من الوهبانية وهو هذا :

وذو العلو لم يلزم لصاحب سفله بناه خلا من هذه منه يصدر

(١) (قوله لكونه رواية عن محمد) علة لقوله أشار : أى إنما أشار إلى ترجيحه ، ولم يكتف بذكر مقابله بقيل لكونه رواية عن محمد رحمه الله فكان مظنة الضعف اه .

كتاب المزارعة

مناسبتها ظاهرة (هى) لغة مفاعلة من الزرع : وشرعا (عقد على الزرع ببعض الخارج) وأركانها أربعة : أرض ، وبذر ، وعمل ، وبقر

قال الشرنبلالى : عدى اللزوم إلى مفعولين بالهمزة فى بناه وهو المفعول الأول وباللام فى الثانى وهو لصاحب ويقال هد البناء : إذا هدمه ، والمسألة من الذخيرة إذا انهدم السفل بغير صنع لايجبر صاحبه على البناء ، ويقال لذى العلو : إن شئت فابن السفل من مالك لتصل لنفعك فإذا بناه بإذن القاضى أو أمر شريكه يرجع بما أنفق وإلا فبقيمة البناء وقت البناء ، وهذا هو الصحيح المختار للفتوى ، فيمنع صاحب السفل من الانتفاع حتى يأخذ ذلك منه جبرا ؛ وأما إذا هدمه بصنعه فإنه يؤاخذ بالبناء لتفويته حقا استحق وليصل صاحب العلو لنفعه ونظم الشارح التفصيل ؛ والتصحيح فى بيت فقال : وخذ منفقا الخ اه ونقل الشارح ابن الشحنة هذا التفصيل فى الجدار أيضا فالضمير فى منه لصاحب العلو أو الشريك فى الجدار ، وقوله كحاكم على تقدير مضاف : أى كإذن حاكم ، وقوله إلا بكسر همزة إن الشرطية : أى إن لا إذن ممن ذكر فافهم ، وهذه المسألة هى التى قدمها الشارح عن الأشباه ، وظاهر كلامه هناك عدم اختصاص الحكم بالسفل والجدار ، والله تعالى أعلم ؛

كتاب المزارعة

وتسمى المخابرة والمحاقلة ، ويسميها أهل العراق القراح ، وبيانه فى المنح (قوله مناسبتها ظاهرة) وهى قسمة الخارج (قوله هى لغة مفاعلة من الزرع) ذكر فى البدائع أن المفاعلة على بابها ، لأن الزرع هو الإنبات لغة وشرعا ، والمتصوّر من العبد التسبب فى حصول النبات ، وقد وجد من أحدهما بالعمل ومن الآخر بالتمكين منه بإعطاء الآلات إلا أنه اختص العامل بهذا الاسم فى العرف كاسم الدابة لذوات الأربع اه ؛ أو يقال : إن المفاعلة قد تستعمل فيما لايوجد إلا من واحد كالمداواة والمعالجة ؛ قال الحموى : ولا حاجة إلى هذا كله ، فإن الفقهاء نقلوا هذا اللفظ وجعلوه علما على هذا العقد اه أبو السعود ملخصا ؛

أقول : وفيه نظر ، فإن الكلام فى المعنى اللغوى لا الاصطلاحى تأمل (قوله من الزرع) هو طرح الزراعة بالضم : وهو البذر ، وموضعه المزرعة مثلثة الراء كما فى القاموس إلا أنه مجاز حقيقته الإنبات ، ولذا قال صلى الله عليه وسلم « لايقولنّ أحدكم زرعت بل حرثت » أى طرحت البذر كما فى الكشاف وغيره قهستانى (قوله عقد على الزرع) يصح أنه يراد بالزرع المصدر واسم المفعول ، لما فى البزازية : زرع أرض غيره بغير إذنه ثم قال لرب الأرض ادفع إلى بذرى فأكون أكارا ، إن البذر صار مستهلكا فى الأرض لايجوز ، وإن قائما يجوز ؛ معناه أن الحنطة المبذورة قائمة فى الأرض ويصير الزارع مملكا الحنطة المزروعة بمثلها وذا جائز ، لكن تفسد المزارعة لعدم الشرائط ، وإذا لم يتناه الزرع فدفعه إلى غيره مزارعة ليتعاهده صح لا إن تناهى اه سائحانى (قوله ببعض الخارج) لاينتقض بما إذا كان الخارج كله لرب الأرض أو العامل فإنه ليس مزارعة ، إذ الأول استعانة من العامل والثانى إعارة من المالك كما فى الذخيرة قهستانى (قوله وأركانها الخ) وحكمها فى الحال ملك المنفعة وفى المآل الشركة فى الخارج ، وصفتها أنها لازمة من قبل من لا بذر له فلا يفسخ بلا عذر ، وغير لازمة ممن عليه البذر قبل إلقاء البذر فى الأرض فملك الفسخ بلا عذر حذرا عن إتلاف بذره ، بخلاف المساقاة فإنها لازمة من

(ولا تصح عند الإمام) لأنها كقفيز الطحان (وعندهما تصح ، وبه يفتى) للحاجة ، وقياسا على المضاربة :
(بشروط) ثمانية (صلاحية الأرض للزرع وأهلية العاقدين،وذكر المدة) أى مدة متعارفة ، فتفسد بمالايتمكن فيها منها وبما لايعيش إليها أحدهما غالبا ، وقيل فى بلادنا تصح بلا بيان مدة ، ويقع على أول زرع واحد وعليه الفتوى مجتبى وبزازية ، وأقره المصنف (و) ذكر (رب البذر) وقيل يحكم العرف

الجانبين لعدم لزوم الإتلاف فيها بزازية موضحا (قوله ولا تصح عند الإمام) إلا إذا كان البذر(١) والآلات لصاحب الأرض والعامل فيكون الصاحب مستأجرا للعامل والعامل للأرض بأجرة ومدة معلومتين ويكون له بعض الخارج بالتراضى ، وهذا حيلة زوال الخبث عنده ، وإنما لم يصح بدونها لاختلاف فيه من الصحابة والتابعين لتعارض الأخبار عن سيد المرسلين صلوات الله عليه وعليهم إلى يوم الدين كما فى المبسوط ، وقضى أبو حنيفة بفسادها بلا حد ولم ينه عنها أشد النهى كما فى الحقائق ، ويدل عليه أنه فرّع عليها مسائل كثيرة ، حتى قال محمد : أنا فارس فيها لأنه فرّع عليها وراجل فى الوقف لأنه لم يفرع عليه كما فى النظم قهستانى :
وفى الهداية : وإذا فسدت عنده فإن سقى الأرض وكربها ولم يخرج شىء فله أجر مثله لو البذر من رب الأرض ، ولو منه فعليه أجر مثل الأرض والخارج فى الوجهين لرب البذر (قوله لأنها كقفيز الطحان) لأنها استئجار ببعض ما يخرج(٢) من عمله فتكون بمعناه ، وقد نهى عنه صلى الله عليه وسلم ، وهو أن يستأجر رجلا ليطحن له كذا منا من الحنطة بقفيز من دقيقها ، وتمام الأدلة من الجانبين مبسوط فى الهداية وشروحها :
وفى الشرنبلالية عن الخلاصة أن الإمام فرّع هذه المسائل فى المزارعة على قول من جوّزها لعلمه أن الناس لايأخذون بقوله (قوله صلاحية الأرض للزرع) فلو سبخة أو نزّة لا تجوز ، ولو لم تصلح وقت العقد بعارض على شرف الزوال كانقطاع الماء وزمن الشتاء ونحوه تجوز اه ط ملخصا (قوله وأهلية العاقدين) بكونهما حرين بالغين أو عبدا وصبيا مأذونين أو ذميين ، لأنه لايصح عقد بدون الأهلية كما فى الهداية فلا تختص به فتركه أولى قهستانى (قوله مجتبى وبزازية) عبارة البزازية : وعن محمد جوازها بلا بيان المدة وتقع على أول زرع يخرج واحد ، وبه أخذ الفقيه وعليه الفتوى ، وإنما شرط محمد بيان المدة فى الكوفة ونحوها لأن وقتها متفاوت عندهم وابتداؤها وانتهاؤها مجهول عندهم اه لكن قال فى الخانية بعد ذلك : والفتوى على جواب الكتاب أى من أنه شرط : قال فى الشرنبلالية : فقد تعارض ماعليه الفتوى اه (قوله وذكر رب البذر) ولو دلالة بأن قال : دفعتها إليك لتزرعها لى أو أجرتك إياها أو استأجرتك لتعمل فيها ، فإن فيه(٣) بيان أن البذر من قبل رب الأرض ، ولو قال : لتزرعها بنفسك ففيه بيان أن البذر من العامل ، وإن لم يكن شىء من ذلك قال أبو بكر البلخى يحكم

---

(١) (قوله إلا إذا كان البذر الخ) بحث فيه شيخنا بأنه يكون العامل مستأجرا بعض الأرض وهو مشاع ، فتكون الإجارة فاسدة لاتصح مباشرتها ، وأيضا العامل يكون عاملا فى المشترك ولا أجر العمل فيه . ثم قال : والذى ذكروه فى تطييب الأنصباء أن يكون البذر والآلات لصاحب الأرض ، وحينئذ يكون مستأجرا للعامل بشىء فى الذمة يعوضه بدله شيئا من الخارج اه لكن هذا ليس من الباب فى شىء بل هو إجارة محضة .

(٢) (قوله ببعض مايخرج الخ) قال مولانا : هذا لايظهر إلا إذا كان البذر لصاحب الأرض فإنه حينئذ يكون مستأجرا العامل ببعض أثر عمله ، أما إذا كان البذر لصاحب العمل فلا يظهر التشبيه بقفيز الطحان ، لأن صاحب البذر يكون مستأجرا للأرض ببعض الخارج منها ولا عمل فى هذه الحالة من قبل من يأخذ الأجر ، فالفساد فى هذه الصورة لشىء غير المشابهة اه .

(٣) (قوله فيه الخ) قال مولانا : وعبارة الحموى بعد ماذكر للصور الثلاث المذكورة هنا : فإن قوله دفعتها لك لتزرعها لى ، وقوله استأجرتك لتعمل فيها متضمن بيان أن البذر على رب الأرض ، وسكت على الثانية هنا لظهور أنه على المستأجر ، أى العامل اه بالمعنى وهى أحسن من عبارة القهستانى تأمل اه .

(و) ذكر (جنسه) لا قدره لعلمه بأعلام الأرض ، وشرطه فى الاختيار (و) ذكر (قسط) العامل (الآخر) ولو بينا حظ رب البذر وسكتا عن حظ العامل جاز استحسانا (و) بشرط (التخلية بين الأرض) ولو مع البذر (والعامل و) بشرط (الشركة فى الخارج) :

ثم فرع على الأخير بقوله (فتبطل إن شرط لأحدهما قفزان مسماة أو ما يخرج من موضع معين ، أو رفع) رب البذر (بذره أو رفع الخراج الموظف وتنصيف الباقى)

العرف فى ذلك إن اتحد وإلا فسدت ، لأن البذر إذا كان من رب الأرض فهو مستأجر للعامل ، أو من العامل فهو مستأجر للأرض : وعند اختلاف الحكم لابد من البيان كما فى الواقعات قهستانى (قوله وذكر جنسه) لأن الأجر بعض الخارج وإعلام جنس الأجر شرط ، ولأن بعضها أضر بالأرض ، فإذا لم يبين ، فإن البذر من رب الأرض جاز لأنها لا تتأكد عليه قبل إلقائه وعند الإلقاء يصير الأجر معلوما ، وإن من العامل لا يجوز إلا إذا عمم بأن قال تزرع ما بدا لك وإلا فسدت ، فإن زرعها تنقلب جائزة خانية وظهيرية : وفى منية المفتى : قال إن زرعتها حنطة فبكذا أو شعيرا فبكذا جاز ، ولو قال على أن تزرع بعضها حنطة وبعضهاشعيرا لا (قولهلا قدرهالخ) كذا قاله فى الخالية ، ومفاد التعليل أن معرفة الأرض شرط ، لكن فى الخانية أيضا : وينبغى أن يكون العامل يعرف الأرض ، لأنه إذا لم يعلم والأراضى متفاوتة لايصير العمل معلوما اه تأمل :

وقد يقال : إن القدر ليس بشرط إن علمت الأرض وإلا فهو شرط ، وبه يحصل التوفيق بين مافى الخانية وما فى الاختيار تأمل (قوله وذكر قسط العامل الآخر) المراد منه من لابذر منه : وكان الأوضح ذكر العامل بعد لفظ الآخر لئلا يوهم تعدد العامل :

وفى الخالية : الشرط الرابع بيان نصيب من لابذر منه ، لأن ما يأخذه إما أجر لعمله أو لأرضه فيشترط إعلام الأجر ، وإن بينا نصيب العامل وسكتا عن نصيب رب البذر جاز العقد ، لأن رب البذر يستحق الخارج بحكم أنه نماء ملكه لابطريق الأجر ، وبالعكس لايجوز قياسا لأن مايأخذه أجر فيشترط إعلامه : وفى الاستحسان : يجوز العقد ، لأنه لما بين نصيب رب البذر كان ذلك بيان أن الباقى للأجير اه :

وحاصله أنه يشترط بيان نصيب من لابذر منه صريحا أو ضمنا تأمل (قوله وبشرط التخلية الخ) وهى أن يقول صاحب الأرض للعامل سلمت إليك الأرض ، فكل ما يمنع التخلية كاشتراط عمل صاحب الأرض مع العامل يمنع الجواز ، ومن التخلية أن تكون الأرض فارغة عند العقد ، فإن كان فيها زرع قد نبت يجوز العقد ويكون معاملة لا مزارعة ، وإن كان قد أدرك لا يجوز العقد لأن الزرع بعد الإدراك لا يحتاج إلى العمل فيتعذر تجويزها معاملة أيضا خانية (قوله ولو مع البذر) يعنى ولو كان البذر من رب الأرض ، وإنما قال كذلك ، لأنه لو كان من العامل تشترط التخلية بالأولى لأنه يكون مستأجرا للأرض لأن الأصل أن من كان البذر منه فهو المستأجر كما سنذكره فقد صرح بالمتوهم وذلك أنه إذا كان البذر من رب الأرض يكون مستأجرا للعامل فربما يتوهم أنه لاتشترط التخلية بينه وبين الأرض لكونها غير مستأجرة فافهم (قوله وبشرط الشركة فى الخارج) أى بعد حصوله لأنه ينعقد شركة فى الانتهاء ، فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد هداية : وفى الشرنبلالية أن هذا الشرط مستدرك للاستغناء عنه باشتراط ذكر قسط العامل (قوله فتبطل) أى تفسد كما يفيده ما نقلناه آنفا عن الهداية (قوله أو رفع) بالرفع فى الموضعين عطفا على قفزان المرفوع على النيابة عن الفاعل لشرط المذكور فافهم (قوله وتنصيف الباقى) بالرفع معمول لشرط أيضا : قال ح : وهو راجع للمسائل الأربع اه ، وإنما

بعد رفعه (بخلاف) شرط رفع (خراج المقاسمة)كثلث أو ربع (أو) شرط رفع (العشر) للأرض أو لأحدهما لأنه مشاع فلا يؤدى إلى قطع الشركة (أو) شرط (التبن لأحدهما والحب للآخر) أى تبطل لقطع الشركة فيما هو المقصود (أو) شرط (تنصيف الحب والتبن لغير رب البذر) لأنه خلاف مقتضى العقد (أو) شرط (تنصيف التبن والحب لأحدهما) لقطع الشركة فى المقصود (وإن شرط تنصيف الحب والتبن لصاحب البذر) كما هو مقتضى العقد (أو لم يتعرض للتبن صحت) وحينئذ التبن لرب البذر وقيل بينهما تبعا للحب كذا قاله المصنف تبعا للصدر وغيره لكن اعتمد صاحب الملتقى الثانى حيث قدمه فقال : والتبن بينهما ، وقيل لرب البذر .

قلت : وفى شرح الوهبانية عن القنية : المزارع بالربع لا يستحق من التبن شيئا ، وبالثلث يستحق النصف

فسدت فيها لأنها قد تؤدى إلى قطع الشركة فى الخارج فإنه يحتمل أن لا تخرج الأرض إلا ذلك المشروط (قوله بعد رفعه) أى رفع ذلك المشروط والظروف متعلق بالباقى فافهم (قوله للأرض أو لأحدهما) اللام فيهما للتعليل اه ح أى العشر للأرض ، بأن كانت عشرية أو لأحدهما بأن شرطا رفع العشر من الخارج لأحدهما والباقى بينهما فإنه يجوز .

قال القهستانى: وهذا حيلة لرب الأرض إذا أراد أن يرفع بذره . وقال السائحانى : فلو لم يشترط رفع عشر الأرض ، قال الشارح فى الزكاة : إن كان البذر من رب الأرض فعليه ، ولو من العامل فعليهما . أقول : هو تفصيل حسن اه (قوله أو شرط التبن الخ) هذه المسألة تشتمل على ثمان صور ستة منها فاسدة وثنتان صحيحتان كما فى الخانية ، وأسقط هنا واحدة وهى ما إذا شرطا تنصيف التبن وسكتا عن الحب ، وهى غير جائزة وذكر سبعة ، لأن قوله هنا لأحدهما وقوله بعده والحب لأحدهما تحتهما أربع صور ، لأن المراد بالأحد فيهما إما رب البذر أو العامل (قوله والتبن لغير رب البذر) برفع التبن عطفا على تنصيف ، وكذا قوله والحب لأحدهما (قوله لأنه خلاف مقتضى العقد) ولأنه يؤدى إلى قطع الشركة ، إذ ربما يصيب الزرع آفة فلا يخرج إلا التبن معراج (قوله كما هو مقتضى العقد) لأنه لو سكتا عنه كان له فع الشرط أولى ، لأنه شرط موجب العقد وبه لا تتغير صفة العقد معراج (قوله تبعا للصدر) أى صدر الشريعة وغيره كصاحب الهداية ، فإنه قال : ثم التبن يكون لصاحب البذر لأنه نماء بذره وفى حقه لا يحتاج إلى الشرط . وقال مشايخ بلخ : التبن بينهما أيضا اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان ، ولأنه تبع للحب والتبع يقوم بشرط الأصل اه . وفى شرح الوهبانية للشرنبلالى : ويكون التبن لرب البذر وهو ظاهر الرواية اه . قال فى الكفاية : والجواب عما قاله مشايخ بلخ أن الأصل فيها عدم الجواز لأنها تثبت مع المنافى ، فبقدر ما وجد المجوّز يعمل به وما لم يوجد فلا اه (قوله المزارع بالربع الخ) هذا محمول على ما إذا كان شرط أو عرف فى الصورتين بدليل ما مر عن مشايخ بلخ ، وإلا فالذى يقتضيه الفقه المشاركة على حسب نصيب كل منهما كذا حققه السيد المرشدى اه ح ملخصا .

أقول : وقد صرح فى القنية بالتعليل بقوله لمكان التعارف ، ثم قال أيضا : قال أستاذنا : والمختار فى زماننا أنه لا شىء للمزارع بالربع من التبن لمكان العرف وظاهر الرواية اه . وذكر ابن الشحنة أن كلام القنية فيما إذا كان العمل خاصة من المزارع اه .

أقول : والحاصل أن مبنى كل من المسألتين على اعتبار العرف كما هو مذهب البلخيين ، لكن انضم إلى الأولى مع العرف موافقتها لظاهر الرواية من كون التبن لرب البذر فصارت وفاقية وبقيت الثانية مبنية على مذهبهم فقط ، هذا هو التحرير لهذا المحل بعون الله تعالى : وأما كون مقتضى الفقه المشاركة حيث لا عرف ولا شرط

(وكذا) صحت (لو كان الأرض والبذر لزيد والبقر والعمل للآخر) أو الأرض له والباقى للآخر (أو العمل له والباقى للآخر) فهذه الثلاثة جائزة (وبطلت) فى أربعة أوجه (لو كان الأرض والبقر لزيد ، أو البقر والبذر له والآخران للآخر) أو البقر أو البذر له (والباقى للآخر) فهى بالتقسيم العقلى سبعة أوجه ، لأنه إذا كان من أحدهما أحدها والثلاثة من الآخر فهى أربعة ، وإذا كان من أحدهما اثنان واثنان من الآخر فهى ثلاثة ، ومتى دخل ثالث فأكثر بحصة فسدت ، وإذا صحت فالخارج على الشرط ولا شىء للعامل إن لم يخرج شىء

ففيه نظر بل مقتضى الفقه ظاهر الرواية بل هى الفقه فافهم (قوله وكذا صحت الخ) هذه الجمل من جملة شروطها زيلعى (قوله فهذه الثلاثة جائزة) لأن من جوّزها إنما جوزها على أنها إجارة. ففى الأولى يكون رب البذر والأرض مستأجرا للفاعل وبقره تبعا له لاتحاد المنفعة لأن البقر آلة له ؛ كمن استأجر خياطا ليخيط له بإبرته . وفى الثانية يكون رب البذر مستأجرا للأرض بأجر معلوم من الخارج فتجوز كاستئجارها بدراهم فى الذمة . وفى الثالثة يكون مستأجرا للعامل وحده . والأصل فيها أن صاحب البذر هو المستأجر وتخرج المسائل على هذا كما رأيت زيلعى ملخصا ، وقد نظمت هذه الثلاثة فى بيت واحد فقلت :

أرض وبذر كذا أرض كذا عمل   من واحد ذى ثلاث كلها قبلت

(قوله وبطلت فى أربعة أوجه الخ) أما الأول فلأن رب البذر استأجر الأرض واشتراط البقر على صاحبها مفسد للإجارة ، إذ لا يمكن جعل البقر تبعا للأرض لاختلاف المنفعة ، لأن الأرض للإنبات والبقر للشق . وأما الثانى فلأن الأرض لا يمكن جعلها تبعا لعمله كذلك . وأما الثالث فقالوا هو فاسد وينبغى أن يجوز قياسا على العامل وحده أو الأرض وحدها . والجواب أن القياس أن لا تجوز المزارعة لما فيها من الاستئجار ببعض الخارج ، وإنما ترك بالأثر وهو ورد فى استئجار العامل أو الأرض فيقتصر عليه . وأما الرابع فلما ذكرنا فى الثانى زيلعى ملخصا . وفى اليعقوبية : ما صدر فعله عن القوة الحيوانية جنس ، وما صدر عن غيرها جنس آخر اهـ .

وفى الكفاية : واعلم أن مسائل المزارعة فى الجواز والفساد مبنية على أصل وهو أنها تنعقد إجارة وتتم شركة ، وإنما تنعقد إجارة على منفعة الأرض أو العامل ، ولا تجوز على منفعة غيرهما من بقر وبذر اهـ وقد جمعت هذه الأربعة فى بيت أيضا فقلت :

والبذر مع بقر أولا كذا بقر   لاغير أو مع أرض أربع بطلت

(قوله فهى بالتقسيم العقلى سبعة أوجه) الحصر صحيح بناء على أن بعض الأربعة من واحد والباقى من آخر ، أما لو كان بعضها من واحد والباقى منهما فهى أكثر من سبعة كما لا يخفى .

بقى الكلام فى حكم ماعدا هذه السبعة ، وقد ذكر له البزازى ضابطا فقال : كل مالا يجوز إذا كان من واحد لا يجوز إذا كان من اثنين ، وفرع عليه مالو أخذ رجلان أرض رجل على أن يكون البذر من أحدهما والبقر والعمل من آخر لا يصح اهـ أى لأن الأرض هنا منهما ، ولو كانت من أحدهما لا يصح . ونقل هذا الضابط الرملى وقال : وبه تستخرج الأحكام ، مثلا إذا كان البذر مشتركا والباقى من واحد لا يجوز لأنه لو كان من واحد لا يجوز فكذا إذا كان منهما ومثله إذا كان الكل مشتركا ، لكن فى هاتين الصورتين يكون الخارج بينهما على قدر بذرهما ولا أجرة للعامل لعمله فى المشترك ، فافهم واستخرج بقية الأحكام بفهمك اهـ ويأتى فى عبارة المتن ماهو من هذا النوع . أقول : وقد ذكر القهستانى ما يخالف هذا الضابط فراجعه متأملا (قوله فهى ثلاثة) لأن الأرض إما أن يكون معها البذر أو البقر أو العمل والباقيان من الآخر اهـ ط (قوله ومتى دخل ثالث فأكثر بحصة فسدت) قال فى الخانية :

فى الصحيحة (ويجبر من أبى على المضى إلا رب البذر فلا يجبر قبل إلقائه) وبعده يجبر درر ؛

(ومتى فسدت فالخارج لرب البذر) لأنه نماء ملكه (و) يكون للآخر أجر مثل عمله أو أرضه ولا يزاد على الشرط) وبالغا ما بلغ عند محمد (وإن لم يخرج شىء) فى الفاسدة (فإن كان البذر من قبل العامل فعليه أجر مثل الأرض والبقر ، وإن كان من قبل رب الأرض فعليه أجر مثل العامل) حاوى ؛

(ولو امتنع رب الأرض من المضىّ فيها وقد كرب العامل) فى الأرض (فلا شىء له) لكرابه (حكما) أى فى القضاء إذ لا قيمة للمنافع (ويسترضى ديانة) فيفتى بأن يوفيه أجر مثله ؛

لو اشترك ثلاثة أو أربعة ومن البعض البقر وحده أو البذر وحده فسدت ، وكذا لو من أحدهم البذر فقط أو البقر فقط لأن رب البذر مستأجر للأرض فلا بد من التخلية بينه وبينها وهى فى يد العامل لا فى يده اه ؛ وعدّ فى جامع الفصولين من الفاسدة مالو كان البذر لواحد والأرض لثان والبقر لثالث والعمل لرابع أو البذر والأرض لواحد والبقر لثان والعمل لثالث ، لأن استئجار البقر ببعض الخارج لم يرد به أثر ، فإذا فسدت فى حصة البقر تفسد فى الباقى . وعندهما فساد البعض لا يشيع فى الكل ، وتمامه فى الفصل الثلاثين ؛

وفى البزازية : دفع إليه أرضا ليزرعها ببذره وبقره ويعمل هذا الأجنبى على أن الخارج بينهم أثلاثا لم يجز بينهما وبين الأجنبى ، ويجوز بينهما وثلث الخارج لرب الأرض والثلثان للعامل وعلى العامل أجر مثل عمل الأجنبى ولو كان البذر من رب الأرض جاز بين الكل اه وبه يظهر ما فى كلام الشارح من الإجمال (قوله فى الصحيحة) يأتى محترزه قريبا ولكن يغنى عنه قوله وإذا صحت ، وإنما لم يكن له شىء لأنه يستحقه شركة ولا شركة فى غير الخارج ، بخلاف ما إذا فسدت لأن أجر المثل فى الذمة ولا تفوت الذمة بعدم الخارج هداية (قوله إلا رب البذر الخ) لأنه لا يمكنه المضى إلا بإتلاف ماله وهو إلقاء البذر فى الأرض ، ولا يدرى هل يخرج أم لا ؟ فصار نظير ما إذا استأجره لهدم داره ثم امتنع منح ؛

قال الرملى : أما إذا لم يأب لكن وجد عاملا أرخص منه أو أراد العمل بنفسه يجبر لعدم العلة يدل عليه التشبيه ، إذ لو لم يمتنع عن الهدم لكن وجد أرخص منه أو أراد هدمها بنفسه ليس له ذلك ، وعلى هذا للعامل تحليفه عند الحاكم على الامتناع لأنه يجوز أن يريد غير ما أظهره ؛ وقد ذكر فى الجوهرة فى الإجارة فى مسألة يد المستأجر عن السفر ما يفيد هذه الأحكام وهى كثيرة الوقوع تأمل اه (قوله ومتى فسدت الخ) فإن أراد أن يطيب الخارج لهما يميزا نصيبهما ثم يصالح كل صاحبه بهذا القدر عما وجب عليه ، فإن لم يفعل ، فإن كان رب البذر صاحب الأرض لا يتصدق بشىء وإلا تصدق بالزائد عما غرمه من نفقة وأجر ، ولا يعتبر أجرة نفسه لعدم العقد على منافعه لأنه صاحب الأصل الذى هو البذر كما فى المقدسى سائحانى (قوله ويكون للآخر) أى للعامل لو كان البذر من رب الأرض أو لرب الأرض لو كان البذر من العامل كما فى الهداية ، فقوله أجر مثل عمله أو أرضه لف ونشر على ذلك ، ولو جمع بين الأرض والبقر حتى فسدت فعلى العامل أجر مثل الأرض والبقر هو الصحيح هداية ، وقيل أجر مثل الأرض مكروبة نهاية (قوله وبالغا ما بلغ عند محمد) عطف على قوله ولا يزاد الخ ، وانتصاب بالغا على الحال من أجر وما اسم موصول أو نكرة موصوفة فى محل نصب مفعول بالغا وجملة بلغ صلة أو صفة (قوله ولو امتنع رب الأرض) أى والبذر من قبله كما فى الهداية وإلا فيجبر على المضى كما تقدم (قوله إذ لا قيمة للمنافع) فيه إيجاز : وعبارة شراح الهداية : لأن المأتى به مجرد المنفعة وهى لا تتقوّم إلا بالعقد والعقد مقوّم بجزء من الخارج وقد فات (قوله ويسترضى ديانة) أى يلزمه استرضاؤه فيما بينه وبين الله تعالى ، وهذا حكاه فى الهداية بقيل لكن جزم به فى الملتقى والتبيين وغيرهما (قوله فيفتى) أى يفتيه المفتى بذلك وإن كان القاضى لا يحكم عليه به

لغروره (وتفسخ المزارعة بدين محوج إلى بيعها إذا لم ينبت الزرع) لكن يجب أن يسترضى المزارع ديانة إذا عمل (كما مر ، أما إذا نبت ولم يستحصد لم تبع الأرض لتعلق حق المزارع) حتى لو أجاز جاز (فإن مضت المدة قبل إدراك الزرع فعلى العامل أجر مثل نصيبه من الأرض إلى إدراكه) أى الزرع كما فى الإجارة ، بخلاف ما لو مات أحدهما قبل إدراك الزرع حيث يكون الكل على العامل أو وارثه لبقاء العقد استحسانا كما سيجىء :

(قوله لغروره) أى لأنه صار مغرورا فى عمله من جهة رب الأرض بالعقد ط ثم تعيينه الاسترضاء بأجر المثل موافق لما فى التبيين ، لكن فى القهستانى أنه لم تثبت رواية فى مقدار مابه الاسترضاء اه تأمل (قوله وتفسخ) أى ويجوز فسخ المزارعة ولو بلا قضاء ورضا كما فى رواية الأصل وإليه ذهب بعضهم ويشترط فيه أحدهما فى رواية وبه أخذ بعضهم كما فى الذخيرة قهستانى : بقى ما لو كان البذر منه :

وفى المقدسى : ويضمن له بذره عند أبى يوسف ، وقال محمد : تقوّم الأرض مبذورة وغير مبذورة ، فيضمن ما زاد البذر ، وقيل لاتباع لأن الإلقاء ليس باستهلاك حتى ملكه الوصى ونحوه سائحانى (قوله بدين محوج إلى بيعها) فيه إشارة إلى أنه لامال له سواها ، وإنما لم يذكر ما يوجب الفسخ من جانب المزارع كمرضه وخيانته اكتفاء بما سيأتى فى المساقاة ، ومنه عزيمة سفره والدخول فى حرفة أخرى كما فى النظم ، وإلى أنه لو باع بعد الزرع بلا عذر توقف على إجازة المزارع ، فإن لم يجزه لم تفسخ حتى يستحصد أو تمضى المدة على ما قال الفضلى كما فى قاضيخان قهستانى (قوله لكن يجب أن يسترضى الخ) كذا قاله ابن الكمال ، ولم أره لغيره : وعبارة الملتقى : ولا شىء للعامل إن كرب الأرض أو حفر النهر ، وكذا فى الهداية والتبيين والدرر وغيرها مع أنهم ذكروا فى المسألة السابقة أنه يسترضى إلا أن يحمل نفيهم هنا على القضاء كما حمل عليه الشارح عبارة الملتقى فى شرحه تأمل :

ثم رأيت فى النهاية قال : إن قوله ولاشىء للعامل إنما يصح لو البذر منه ، فلو من رب الأرض فللعامل أجر مثل عمله ، لأنه فى الأول يكون العامل مستأجرا للأرض فيكون العقد واردا على منفعة الأرض فيبقى عمل العامل من غير عقد ولا شبهة عقد فلا يتقوم على رب الأرض : وفى الثانى يكون رب الأرض مستأجرا للعامل فكان العقد واردا على منافع الأجير فتتقوّم على رب الأرض ويرجع عليه بأجر مثل عمله كذا فى الذخيرة عن مزارعة شيخ الإسلام اه فتأمله ممعنا (قوله فإن مضت الخ) الأولى الإتيان بالواو بدل الفاء كما فى الملتقى وغيره لئلا يوهم التفريع على مسألة الفسخ :

واعلم أن من تتمة أحكام هذه المسألة كون نفقة الزرع عليهما بقدر الحصص إلى أن يدرك ، وسيذكره المصنف بعد ، فكان عليه أن يؤخر قوله فإن مضت الخ على المسائل التى فصل بها بينه وبين تمام أحكامه ، ليتم نظام كلامه وليتضح فهم مرامه .

وعبارة الدرر والغرر : مضت المدة قبل إدراكه فعلى المزارع أجر مثل نصيبه من الأرض حتى يدرك الزرع لأنه استوفى منفعة بعض الأرض لتربية حصته فيها إلى وقت الإدراك ، ونفقة الزرع كأجر السقى والمحافظة والحصاد والرفاع والدوس والتذرية عليهما بقدر حقوقهما حتى يدرك : وفى موت أحدهما قبل إدراك الزرع يترك فى مكانه إلى إدراكه ، ولا شىء على المزارع لأنا أبقينا عقد الإجارة ههنا استحسانا لبقاء مدة الإجارة فأمكن استمرار العامل أو وارثه على ما كان عليه من العمل ، أما فى الأول فلا يمكن الإبقاء لانقضاء المدة اه (قوله أجر مثل نصيبه) أى أجر مثل ما فيه نصيبه من الأرض ابن كمال (قوله كما فى الإجارة) أى إذا استأجر أرضا فمضت المدة قبل الإدراك يبقى الزرع فيها إلى إدراكه بأجر المثل كما مر فى بابه (قوله حيث يكون الكل)

(دفع) رجل (أرضه إلى آخر على أن يزرعها بنفسه وبقره والبذر بينهما لصفان والخارج بينهما كذلك فعملا على هذا فالمزارعة فاسدة ويكون الخارج بينهما نصفين ، وليس للعامل على رب الأرض أجر) لشركته فيه (و) العامل (يجب عليه أجر نصف الأرض لصاحبها) لفساد العقد (وكذا لو كان البذر ثلثاه من أحدهما وثلثه من الآخر والرابع بينهما) أو (على قدر بذرهما) نصفين فهو فاسد أيضا لاشتراطه الإعارة فى المزارعة عمادية .

(و) اعلم أن (نفقة الزرع) مطلقا بعد مضى مدة المزارعة (عليهما بقدر الحصص) وأما قبل مضيها فكل عمل قبل انتهاء الزرع كنفقة بذر ومؤنة حفظ وكرى نهر على العامل ولو بلا شرط ، فإذا تناهى بقى مالا مشتركا بينهما فتجب عليهما مؤنته كحصاد ودياس ، كذا حرره المصنف ، وحمل عليه أصل صدر الشريعة فليحفظ .

(فإن شرطاه على العامل فسدت) كما لو شرطاه على رب الأرض (بخلاف ما لو مات رب الأرض والزرع

أى من أجر السقى والمحافظة إلى آخر ما قدمناه : وعبارة الهداية : حيث يكون العمل (قوله على أن يزرعها) أى الآخر ، وكذا الضميران بعده (قوله فالمزارعة فاسدة) لما سيذكره من اشتراط الإعارة (قوله ويكون الخارج بينهما نصفين) تبعا للبذر (قوله أجر نصف الأرض لصاحبها) فلو كانت الأرض لبيت المال يدفع لبيت المال ما هو له ثم يقسم الباقى بينهما نصفين ، وهذه واقعة الحال ، رملى على جامع الفصولين (قوله لفساد العقد) أى وقد استوفى بهذا العقد الفاسد منافع نصف الأرض فيجب أجره (قوله والريع) الفتح وسكون الياء المثناة التحتية الفضل ، والمراد به الخارج (قوله لاشتراطه الإعارة فى المزارعة) أى إعارة بعض الأرض للعامل فافهم .

قال فى الخانية : لأن صاحب الأرض يصير قائلا للعامل ازرع أرضى ببذرى على أن يكون الخارج كله لى وازرعها ببذرك على أن يكون الخارج كله لك فتفسد ، لأنها مزارعة بجميع الخارج بشرط إعارة نصف الأرض من العامل ، وكذا لو شرطاه أثلاثا اهـ والمراد بالخارج الأول الخارج من بذر رب الأرض ، وبالثانى الخارج من بذر العامل . ثم قال فى الخانية : وإذا فسدت فالخارج بينهما على قدر بذرهما وسلم لرب الأرض ما أخذ لأنه نماء ملكه فى أرضه ويطيب للعامل قدر بذره ويرفع قدر أجر نصف الأرض وما أنفق أيضا ، ويتصدق بالفضل لحصوله من أرض الغير بعقد فاسد ، ولو كانت الأرض لأحدهما والبذر منهما وشرطا العمل عليهما على أن الخارج نصفان جاز لأن كلا عامل فى نصف الأرض ببذره فكانت إعارة لا بشرط العمل بخلاف الأول اهـ أى فلم تكن مزارعة حتى يقال شرط فيها إعارة كما أفاده فى الفصولين ، وتمام هذه المسائل فى الخانية فراجعها (قوله مطلقا) أى سواء احتيج إليها قبل انتهاء الزرع أو بعده ح (قوله بعد مضى مدة المزارعة) الذى أحوجه إلى هذا التقييد فصل المصنف بينه وبين قوله فإن مضت المدة ، ولو وصله به كغيره لم يحتج إلى ذلك (قوله عليهما) لأنها كانت على العامل لبقاء العقد لأنه مستأجر فى المدة ، فإذا مضت المدة انتهى العقد فتجب عليهما مؤنته على قدر ملكهما لأنه مشترك بينهما منح (قوله كنفقة بذر) أى بذره فى الأرض وحمله إلى موضع إلقائه ط (قوله كحصاد) بفتح الحاء وكسرها ، وكذا الرفاع : وهو جمع الزرع إلى موضع الدياس : أى الدراس ، وهذا الموضع يسمى الجرن والبيدر سائحانى (قوله وحمل عليه أصل صدر الشريعة) حيث قال : وبهذا ينكشف لك أن قول صدر الشريعة . فالحاصل أن كل عمل قبل الإدراك فهو على العامل محمول على ما إذا كان قبل مضى مدة المزارعة ليتصور بقاء العقد واستحقاق العمل على العامل ، إذ لو مضت فلا عقد ولا استحقاق (قوله فإن شرطاه) الضمير راجع إلى نفقة الزرع لا مطلقا بل النفقة المحتاج إليها بعد الانتهاء ، ففى الكلام شبه الاستخدام اهـ ح (قوله فسدت) هذا ظاهر الرواية كما فى الخانية ، ويأتى تصحيح خلافه (قوله بخلاف) متعلق بقوله ونفقة الزرع عليهما بالحصص ح

بقل فإن العمل فيه جميعا على العامل أو وارثه) لبقاء مدة العقد والعقد يوجب على العامل عملا يحتاج إليه إلى انتهاء الزرع كما مر . ولو مات قبل البذر بطلت ولا شيء لكرابه كما مر ، وكذا لو فسخت بدين محوج مجتبى :

(وصح اشتراط العمل) كحصاد ودياس ونسف على العامل (عند الثانى للتعامل وهو الأصح) وعليه الفتوى ملتقى (الغلة فى المزارعة مطلقا) ولو فاسدة (أمانة فى يد المزارع) . ثم فرّع عليه بقوله (فلا ضمان عليه لو هلكت) الغلة فى يده بلا صنعه فلا تصح الكفالة بها ؛ نعم لو كفله بحصته

(قوله أو وارثه) فيما لو كان الميت العامل وسيأتى فى الفروع عن الملتقى ، أو كان الميت كل منهما تأمل (قوله لبقاء مدة العقد) أى فيكون العقد باقيا استحسانا فلا أجر عليه للأرض ، لكن ينتقض العقد فيما بقى من السنين كما فى الخانية وغيرها لعدم الضرورة :

قال فى التاترخانية : وهذا إذا قال المزارع لا أقلع الزرع ، فإن قال أقلع لايبقى عقد الإجارة ، وحيث اختار القلع فلورثة رب الأرض خيارات ثلاثة : إن شاءوا قلعوا والزرع بينهم ، أو أنفقوا عليه بأمر القاضى ليرجعوا على المزارع بجميع النفقة مقدرا بالحصة(١) أو غرموا حصة المزارع والزرع لهم ، هذا إذا مات رب الأرض بعد الزراعة ، فلو قبلها بعد عمل المزارع فى الأرض انتقضت ولا شيء له ، ولو بعدها قبل النبات ففى الانتقاض اختلاف المشايخ ، وإن مات المزارع والزرع بقل ، فإن أراد ورثته القلع لا يجبرون على العمل ولرب الأرض الخيارات الثلاثة اهـ ملخصا :

وفى الذخيرة : وفرق بين موت الدافع والزرع بقل وبين انتهاء المدة كذلك أن ورثة الدافع فى الثانى يرجعون بنصف القيمة مقدرا بالحصة ، لأن بعد انتهاء المدة النفقة عليهما نصفان ، ، وفى الموت على العامل فقط لبقاء العقد . وفرق من وجه آخر هو أن ورثة الدافع لو غرموا حصة العامل من الزرع يغرمونه نابتا غير مقلوع لأن له حق القرار والترك لقيام المزارعة ، وفى انقضاء المدة يغرمونه مقلوعا اهـ بالمعنى ، وسيأتى إن شاء الله تعالى فى المساقاة مزيد بيان (قوله كما مر) من قوله وأما قبل مضيها الخ (قوله ولا شيء لكرابه) بخلاف ما مر من أنه لو امتنع رب الأرض من المضى فيها وقد كرب العامل يسترضى ديانة . قال الزيلعى : لأنه كان مغرورا من جهته بالامتناع باختياره ولم يوجد ذلك هنا لأن الموت يأتى بدون اختيار اهـ (قوله كما مر) لم أر مايفيده فى كلامه للسابق (قوله وكذا لو فسخت بدين محوج) أى ليس للعامل أن يطالبه بشيء زيلعى ، وظاهره أنه لايؤمر باسترضائه ديانة وهو خلاف ما قدمه المصنف وقدمنا الكلام فيه (قوله وصح اشتراط العمل) أى المحتاج إليه بعد الإنتهاء ، وهذا مقابل ظاهر الرواية الذى قدمه (قوله ونسف) هو تخليص الحب من تبنه ويسمى بالتذرية سائحانى (قوله للتعامل) فصار كالاستصناع ذر منتقى : قال فى الخانية : لكن إن لم يشترط يكون عليهما ، كما لو اشترى حطبا فى المصر لايجب على البائع أن يحمله إلى منزل المشترى ، وإذا شرط عليه لزمه للعرف ، ولو شرط الجذاذ على العامل فى المعاملة فسد عند الكل لعدم العرف . وعن نصر بن يحيى ومحمد بن سلمة أن هذا كله على العامل شرط عليه أم لا للعرف : قال السرخسى : وهو الصحيح فى ديارنا أيضا ، وإن شرطا شيئا من ذلك على رب الأرض فسد العقد عند الكل لعدم العرف اهـ (قوله ولو فاسدة) بيان للاطلاق (قوله فلا تصح الكفالة بها) أى بحصة رب الأرض منها فلا يضمن الكفيل ماهلك عند العامل بلا صنعه سواء كان البذر من رب الأرض أو من العامل لأن حصته أمانة عند المزارع ، وتفسد المزارعة إن كانت الكفالة شرطا فيها كالمعاملة خانية (قوله نعم لو كفله)

---

(١) (قوله مقدرا بالحصة) معناه أن رجوع الورثة على المزارع بجميع النفقة مقيد بقدر حصة المزارع : أى إذا بلغت النفقة قدر قيمة حصته أو أقل أخذت كلها منه ، وإن زادت على قيمة حصته يؤخذ قدر الحصة فقط دون الزائد اهـ .

إن استهلكها صحت المزارعة والكفالة إن لم تكن على وجه الشرط وإلافسدت المزارعة خانية (ومثله) فى الحكم (المعاملة) أى المساقاة ، فإن حصة الدهقان فى يد العامل أمانة :

(وإذا قصر المزارع فى سقى الأرض حتى هلك الزرع) بهذا السبب (لم يضمن) المزارع (فى) المزارعة (الفاسدة ، ويضمن فى الصحيحة) لوجوب العمل عليه فيها كما مر ؛ وهى فى يده أمانة فيضمن بالتقصير :

فى السراجية : أكار ترك السقى عمدا حتى يبس ضمن وقت ما ترك السقى قيمته نابتا في الأرض، وإن لم يكن للزرع قيمة قوّمت الأرض مزروعة وغير مزروعة فيضمن فضل ما بينهما .

[فروع] أخر الأكار السقى، إن تأخيرا معتادا لايضمن وإلا ضمن :

شرط عليه الحصاد فتغافل حتى هلك ضمن إلا أن يؤخر تأخيرا معتادا :

ترك حفظ الزرع حتى أكله الدواب ضمن ، وإن لم يرد الجراد حتى أكله كله ، إن أمكن طرده ضمن وإلا لا بزازية .

زرع أرض رجل بلا أمره طالبه بحصة الأرض ، فإن كان العرف جرى فى تلك القرية بالنصف أو بالثلث ونحوه وجب ذلك :

حرث بين رجلين أبى أحدهما أن يسقيه أجبر ، فلو فسد قبل رفعه للحاكم لاضمان عليه، وإن رفع إلى القاضى وأمره بذلك ثم امتنع ضمن جواهر الفتاوى .

أى كفل له رجل عن صاحبه بحصته ط (قوله إن استهلكها) شرط لكفل لالصحت (قوله صحت المزارعة والكفالة) لأن الكفالة أضيفت إلى سبب وجوب الضمان وهو الاستهلاك خانية (قوله وإلا) بأن كانت على وجه الشرط فسدت المزارعة ، لأن دين الاستهلاك لايجب بعقد المزارعة فتفسد المزارعة ، كمن كفل للبائع عن المشترى بما يجب على المشترى لابعقد البيع خانية ، وتخصيص الفساد بالمزارعة يفهم صحة الكفالة لعدم المنافاة فيما يظهر لى فليراجع ، ثم رأيته صريحا فى التاترخانية عن المحيط (قوله بهذا السبب) هو التقصير (قوله كما مر) فى قوله وأما قبل مضيها الخ (قوله وهى) أى حصة الآخر بقرينة المقام ، إذ ليس كل الزرع فى يده أمانة لأن بعضه له فافهم (قوله فى السراجية الخ) المقصود من نقله بيان المضمون (قوله فيضمن فضل مابينهما) أى نصف الفضل كما فى الخانية (قوله لايضمن) لأنه ليس بتقصير (قوله وإلا ضمن) أى لو المزارعة صحيحة كما مر (قوله شرط عليه الحصاد الخ) هذا بناء على الأصح من صحة اشتراطه عليه (قوله ترك حفظ الزرع الخ) هذا إذا لم يدرك الزرع ، فأما إذا أدرك فلا ضمان على المزارع بترك الحفظ هندية عن الذخيرة ، وسيأتى أنه على العامل للعرف ط (قوله حتى أكله كله) التقييد بالكل اتفاقى فيما يظهر ط (قوله زرع أرض رجل الخ) قدمنا الكلام عليه فى كتاب الغصب مستوفى فراجعه (قوله حرث) أى زرع قاموس ، وقوله بين رجلين : أى مشترك بينهما لابالمزارعة ، لأن المزارع يضمن إذا قصر بلا مرافعة كما قدمه ، وما ذكره هنا ذكره فى جامع الفصولين ، وكذا فى التاترخانية عن أبى يوسف (قوله أبى أحدهما) أى امتنع عن السقى لما طلب الآخر منه أن يسقيه معه (قوله أجبر) أى أجبره الحاكم، وهذا أحد قولين قدمناهما فى آخر القسمة عن الخلاصة . ثانيهما أنه لايجبر ويقال للطالب اسقه وأنفق ثم ارجع بنصف ماأنفقت ، ونقل الثانى فى التاترخانية عن جامع الفتاوى مقتصرا عليه (قوله وإن رفع إلى القاضى الخ) وجه الضمان أنه بأمر القاضى تحقق الوجوب عليه كالإشهاد على صاحب الحائط المائل ، فإذا امتنع بعده وفسد الزرع صار متعديا فيضمن حصة شريكه ؛ لأن الزرع مشاع بينهما لايمكن شريكه أن يسقى حصته منه ، ولا يلزمه سقى الجميع وحده ، ولا يمكنه قسمته جبرا ولا بالتراضي مالم يتفقا على القلع كما قدمناه

شرط البذر على المزارع ثم زرعها رب الأرض ، إن على وجه الإعانة فزارعة وإلا فنقض لها :
دفع الأرض المستأجرة من الآجر مزارعة جاز ، إن البذر من المستأجر ومعاملة لم يجز :
استأجر أرضا ثم استأجر صاحبها ليعمل فيها جاز ، الكل من منح المصنف :
قلت : وفيه فى آخر باب جناية البهيمة معزيا للخلاصة : بستانى ضيع أمر البستان وغفل حتى دخل الماء وتلفت الكروم والحيطان ، قال : يضمن الكروم لا الحيطان ، ولو فيه حصرم ضمن الحصرم لا العنب لنهايته فصار حفظه عليهما .
قلت : قال ق : ويضمن العنب فى عرفنا اه :
أنفق بلا إذن الآخر ولا أمر قاض فهو متبرع كرمة دار مشتركة :
مات العامل فقال وارثه أنا أعمل إلى أن يستحصد فله ذلك وإن أبى رب الأرض ملتقى : وفى الوهبانية :

ويأخذ أرضا لليتيم وصيه مزارعة إن كان ما هو يبذر

فى القسمة ، هذا ماظهر لى فافهم (قوله شرط البذر الخ) ذكر فى جامع الفصولين مسائل من هذا النوع :
ثم قال : فالحاصل أنه لو كان البذر لرب الأرض أو المزارع وزرعه أحدهما بلا إذن الآخر ونبت الزرع أو لم ينبت حتى قام عليه الآخر بلا إذنه حتى أدرك ، ففى كل الصور يكون الخارج بينهما إلا فى صورة واحدة ، وهى أن يكون البذر لرب الأرض وزرعها ربها بلا إذن المزارع ونبت ثم قام عليه المزارع فالخارج كله لرب الأرض اه (قوله من الآجر) بالجيم : أى المؤجر متعلق بدفع (قوله جاز أن البذر من المستأجر) إذ لو كان من المؤجر مع أن الأرض له والعمل منه لم يبق من الآخر شىء فينتفى مفهوم المزارعة اه خ :

أقول : وهذا التفصيل خلاف المعتمد ، فقد ذكره فى البزازية عن أبى يوسف : ثم قال : وقال محمد : لو البذر من المستأجر أو المؤجر يجوز : ثم رجع وقال لا ، وهو المأخوذ به لأنه أجير بنصف مايخرج من أرضه إلا أن يكون استأجر الرجل بدراهم اه : وذكر فى المنح أيضا أنه الأصح (قوله ومعاملة) أى مساقاة معطوف على مزارعة (قوله لم يجز) قال ح : لما قدمنا (قوله ليعمل فيها) أى عمل كان غير المعاملة ، فإن حكمها عدم الجواز كما ذكره بقوله : ومعاملة لم يجز ط (قوله بستانى) أى معامل لا أجير بقرينة مايأتى ح (قوله وتلفت الكروم) أى الأشجار (قوله يضمن الكروم) إذ يجب عليه حفظها لا الحيطان جامع الفصولين (قوله لا العنب الخ) قال فى جامع الفصولين : ولكن يجب نقصان الكرم إذ حفظه يلزمه فيقوم الكرم مع العنب(1) وبدونه فيرجع بفضل مابينهما وهذا جواب الكتاب . أما على قول المشايخ يضمن مثل العنب حصة رب الكرم (قوله أنفق بلا إذن الآخر) فيه إشعار بأن الآخر حى : قال فى منية المفتى : مات العامل فأنفق رب الكرم بغير أمر القاضى لم يكن متبرعا ورجع فى الثمر بقدر ماأنفق ، وكذا فى المزارعة ، ولو غاب العامل والمسألة بحالها لم يرجع اه (قوله كرمة دار مشتركة) تقدم الكلام عليه آخر القسمة (قوله فله ذلك) لبقاء العقد حكما نظراً للوارث ، وقدمنا أنه إن اختار القلع له ذلك ولرب الأرض خيارات ثلاثة (قوله إن كان ماهو يبذر) مانافية وضمير هو لليتيم :

وحاصله أنه إن كان البذر من جهة الوصى يجوز ، وإن من جهة اليتيم لا وعليه الفتوى ، لأنه فى الأول يصير مستأجرا أرض اليتيم ببعض الخارج ، وفى الثانى يصير مؤجرا نفسه من اليتيم والأول جائز لا الثانى ولوالجية . قال ابن وهبان : وينبغى أن تكون الغبطة فيما يشترط لليتيم على ماهو المعروف فى سائر التصرفات التى لليتيم ، وعلى

---

(1) (قوله الكرم مع العنب) أى مع شجر العنب ، فحينئذ يكون المراد بالكرم الأرض لا الشجر ، ويكون المراد بالعنب نفس الثمر بقرينة مايأتى من قوله أما على قول المشايخ الخ اه .

ولو قال بذر الأرض منى مزارع   له القول بعد الحصد والخصم ينكر

كتاب المساقاة

لا تخفى مناسبتها (هى) المعاملة بلغة أهل المدينة ؛ فهى لغة وشرعا معاقدة (دفع الشجر) والكروم ، وهل المراد بالشجر ما يعم غير المثمر كالحور والصفصاف ؟ لم أره

هذا ينبغى أن يجوز للوصى المعاملة فى أشجار اليتيم ، وتمامه فى شرح ابن الشحنة (قوله مزارع) فاعل قال والحصد مصدر حصد ؛

والمسألة من قاضيخان : زرع أرض غيره فلما حصد الزرع قال صاحبها كنت أجيرى زرعتها ببذرى وقال المزارع كنت أكاراً وزرعت ببذرى فالقول للمزارع ، لأنهما اتفقا على أن البذر كان فى يده اهـ وتمامه فى الشرح ؛

[خاتمة بفرع مهم] يقع كثيرا ذكره فى التاترخانية وغيرها : مات رجل وترك أولاداً صغارا وكبارا وامرأة والكبار منها أو من امرأة غيرها فحرث الكبار وزرعوا فى أرض مشتركة أو فى أرض الغير كما هو المعتاد والأولاد كلهم فى عيال المرأة تتعاهدهم وهم يزرعون ويجمعون الغلات فى بيت واحد وينفقون من ذلك جملة صارت هذه واقعة الفتوى : واتفقت الأجوبة أنهم إن زرعوا من بذر مشترك بينهم بإذن الباقين لو كباراً أو إذن الوصى لو صغارا فالغلة مشتركة ، وإن من بذر أنفسهم أو بذر مشترك بلا إذن فالغلة للزارعين اهـ . والله سبحانه وتعالى أعلم ؛

كتاب المساقاة

(قوله لاتخفى مناسبتها) وهى الاشتراك فى الخارج ثم مع كثرة القائلين بجوازها وورود الأحاديث فى معاملة النبى صلى الله عليه وسلم أهل خيبر ، قدمت المزارعة عليها لشدة الحاجة إلى معرفة أحكامها وكثرة فروعها ومسائلها كما أفاده فى النهاية (قوله هى المعاملة الخ) وآثر المساقاة لأنها أوفق بحسب الاشتقاق قهستانى : أى لما فيها من السقى غالبا ، وقدمنا الكلام على المفاعلة (قوله فهى لغة وشرعا معاقدة) أفاد اتحاد المعنى فيهما تبعا لما فى النهاية والعناية أخذا مما فى الصحاح : أنها استعمال رجل فى نخيل أو كروم أو غيرهما لإصلاحها على سهم معلوم من غلتها ، وفسرها الزيلعى وغيره لغة بأنها مفاعلة من السقى ، وشرعا بالمعاقدة ؛

أقول : والظاهر المغايرة لاعتبار شروط لها فى الشرع لم تعتبر فى اللغة ، والشروط قيود ، والأخص غير الأعم مفهوما فتدبر (قوله معاقدة دفع الشجر) أى كل نبات بالفعل أو بالقوة يبقى فى الأرض سنة أو أكثر بقرينة الآتى فيشمل أصول الرطبة والفوة وبصل الزعفران وذلك بأن يقول دفعت إليك هذه النخلة مثلا مساقاة بكذا ويقول المساقى قبلت ، ففيه إشعار بأن ركنها الإيجاب والقبول كما أشير إليه فى الكرمانى وغيره قهستانى ؛ قال الرملى : وقيد بالشجر لأنه لو دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة لايجوز كما فى المجتبى وغيره ، وكذا النحل ؛

وفى التاترخانية : أعطاه بذر الفليق ليقوم عليه ويعلفه بالأوراق على أن الحاصل بينهما فهو لرب البذر وللرجل عليه قيمة الأوراق وأجر مثله ، وكذا لو دفع بقرة بالعلف ليكون الحادث نصفين اهـ (قوله وهل المراد الخ) الجواب نعم كما يفيده كلام القهستانى المار ، ولا ينافيه تصريح التعريف بالثمر لأن المراد به ما يتولد منه ، فيتناول الرطبة وغيرها كما صرح به القهستانى أيضا ، أو هو مبنى على الغالب تأمل (قوله لم أره) أقول فى البزازية مانصه

(إلى من يصلحه بجزء) معلوم من ثمره وهى كالمزارعة حكما وخلافا (و) كذا (شروطا) تمكن هنا ليخرج بيان البذر ونحوه (إلا فى أربعة أشياء) فلا تشترط هنا : (إذا امتنع أحدهما يجبر عليه) إذ لاضرر (بخلاف المزارعة) كما مر (وإذا انقضت المدة تترك بلا أجر) ويعمل بلا أجر وفى المزارعة بأجر (وإذا استحق النخيل يرجع العامل بأجر مثله ، وفى المزارعة بقيمة الزرع و) الرابع (بيان المدة

يجوز دفع شجر الحور معاملة لاحتياجه إلى السقى والحفظ ، حتى لو لم يحتج لايجوز اه وفيها آخر الباب : معاملة الغيضة لأجل السعف والحطب جائزة كمعاملة أشجار الخلاف اه . والخلاف بالكسر والتخفيف على وزن(١) ضد الوفاق : نوع من الصفصاف وليس به كما فى القاموس (قوله إلى من يصلحه) بتنظيف السواقى والسقى والتلقيح والحراسة وغيرها قهستانى (قوله حكما) وهو الصحة على المفتى به ، وخلافا : أى بين الإمام وصاحبيه (قوله تمكن) صفة لقوله شروطا ، وقوله ليخرج الخ تعليل للتقييد به فإنه لايشترط بيان البذر هنا : أى بيان جنسه ، وكذا بيان ربه وصلاحية الأرض للزراعة ، فهذه الثلاثة لاتمكن هنا فلا تشترط ، وكذا بيان المدة : وبقى من شروط المزارعة الثمانية الممكنة هنا أهلية العاقدين ، وذكر حصة العامل ، والتخلية بينه وبين الأشجار ، والشركة فى الخارج ويدخل فى الأخير كون الجزء المشروط له مشاعا فافهم .

وفى التاترخانية : ومن شروط المعاملة أن يقع العقد على ماهو فى حد النمو بحيث يزيد فى نفسه بعمل العامل اه . وأما صفتها فقدمنا أنها لازمة من الجانبين بخلاف المزارعة (قوله فلا تشترط هنا الخ) تبع فيه المصنف حيث قال إلا فى أربعة أشياء استثناء من قوله وشروطا اه : والأولى أن يجعل مستثنى من قوله وهى كالمزارعة فإن المستثنيات ليست كلها شروطا فى المزارعة فتدبر ط (قوله بخلاف المزارعة) فإن رب البذر إذا امتنع قبل الإلقاء لايجبر عليه للضرر (قوله تترك بلا أجر) أى للعامل القيام عليها إلى انتهاء الثمرة لكن بلا أجل عليه ، لأن الشجر لايجوز استئجاره (قوله وفى المزارعة بأجر) أى فى الترك والعمل ، لأن الأرض يجوز استئجارها والعمل عليهما بحسب ملكهما فى الزرع لأن رب الأرض لما استوجب الأجر على العامل لايستوجب عليه العمل فى نصيبه بعد انتهاء المدة ، وهنا العمل على العامل فى الكل لأنه لايستوجب رب النخل عليه أجرا كما قبل انقضاء المدة فيكون العمل كله على العامل كما كان قبل الانقضاء كفاية (قوله وإذا استحق النخيل يرجع الخ) مقيد بما إذا كان فيه ثمر وإلا فلا أجر له .

قال فى الولوالجية : وإذا لم تخرج النخيل شيئا حتى استحقت لاشىء للعامل ، لأن فى المزارعة لو استحقت الأرض بعد العمل قبل الزراعة لاشىء للمزارع فكذا هنا ، ولو أخرجت رجع العامل بأجر مثله على الدافع ، لأن الأجرة صارت عينا انتهاء وهو كالتعيين فى الابتداء ، ومتى كانت عينا واستحقت رجع بقيمة المنافع ، وكذا لو دفع إليه زرعا بقلا مزارعة فقام عليه حتى عقد ثم استحقت يخير بين أخذ نصف المقلوع أو رده ورجع على الدافع بأجر مثله ، وكذا لو دفع إليه الأرض مزارعة والبذر من الدافع فزرعها ونبت ثم استحقت قبل أن يستحصد فاختار المزارع رد المقلوع يرجع بأجر مثل عمله . وقال الهندوانى بقيمة حصته نابتا (قوله وفى المزارعة بقيمة الزرع) كذا أطلقه الزيلعى ، وقد علمت التفصيل .

وفى التاترخانية : دفع أرضه مزارعة والبذر من العامل ثم استحقت أخذها المستحق بدون الزرع ، وله أن يأمره بالقلع ولو الزرع بقلا ومؤنة القلع على الدافع والمزارع نصفين ، والمزارع بالخيار إن شاء رضى بنصف

---

(١) هكذا هو بالأصل ، ولعله على وزن كتاب اه مصححه .

ليس بشرط) هنا استحسانا للعلم بوقته عادة (و) حينئذ (يقع على أول ثمر يخرج) فى أول السنة ، وفى الرطبة على إدراك بذرها إن الرغبة فيه وحده ، فإن لم يخرج فى تلك السنة ثمر فسدت :

(ولو ذكر مدة لا تخرج الثمرة فيها فسدت ،ولو تبلغ) الثمرة فيها (أولا) تبلغ (صح) لعدم التيقن بفوات المقصود (فلو خرج فى الوقت المسمى فعلى الشرط) لصحة العقد (وإلا) فسدت (فللعامل أجر المثل) ليدوم عمله إلى إدراك الثمر :

المقلوع ولا يرجع على الدافع بشئ أو رد المقلوع عليه وضمنه قيمة حصته ثابتا له حق القرار ، ولو البذر من الدافع خير المزارع إن شاء رضى بنصف المقلوع أو رده عليه ورجع بأجر مثل عمله عند الباخى ، وبقيمته عند أبى جعفر اه ومثله فى الذخيرة وتأمله مع ما قدمناه عن الولوالجية (قوله ليس بشرط هنا) أى فى المساقاة إن علمت المدة كما يفيده التعليل لا مطلقا بدليل ما يأتى (قوله للعلم بوقته عادة) لأن الثمرة لإدراكها وقت معلوم قلما يتفاوت بخلاف الزرع ، لأنه إن قدم فى إبقاء البذر يتقدم حصاده وإن أخر يتأخر لأنه قد يزرع خريفا وصيفا وربيعا إتقانى ، فإذا كان لابتداء الزرع وقت معلوم عرفا جاز أيضا ، وتقدم أن عليه الفتوى فلا فرق (قوله وحينئذ) أى حين إذ لم يشترط بيان المدة ولم يبيناها : قال القهستانى : وأول المدة وقت العمل فى الثمر المعلوم ، وآخرها وقت إدراكه المعلوم اه .

[فرع] تجوز إضافة المزارعة والمعاملة إلى وقت فى المستقبل بزازية (قوله فى أول السنة) عبارة ابن ملك : فى تلك السنة لأنه متيقن وما بعده مشكوك اه وهى أولى ط (قوله وفى الرطبة) بالفتح بوزن كلبة : القضب مادام رطبا والجمع رطاب بوزن كلاب ، وقيل جميع البقول ط عن الحموى ويأتى مافيه (قوله على إدراك بذرها) يعنى إذا دفعها مساقاة لايشترط بيان المدة فيمتد إلى إدراك بذرها لأنه كإدراك الثمر فى الشجر ابن كمال ، وهذا إذا انتهى جذاذها كما قيد به فى العناية ، وسيذكره المصنف ، وإلا كان المقصود الرطبة ويقع على أول جزة كما يأتى (قوله إن الرغبة فيه وحده) كذا قيد به فى العناية أيضا قال لأنه يصير فى معنى الثمر للشجر وإدراكه له وقت معلوم وهو يحصل بعمل العامل فصح اشتراط المناصفة فيه والرطبة لصاحبها ، ولو ذكر هذا القيد عند كلام المصنف الآتى لكان أخصر وأظهر (قوله فإن لم يخرج الخ) مرتبط بالمتن ، وقد نقله المصنف عن الخانية وهذا إذا لم يسم مدة ، وإذا سمى مدة فسيأتى بيانه ط (قوله ولو تبلغ الخ) أى ولو ذكر مدة تبلغ فيها أو لاتبلغ أى يحتمل بلوغها فيها وعدمه (قوله لعدم التيقن الخ) بل هو متوهم فى كل مزارعة ومساقاة بأن يصطلم الزرع أو الثمر آفة سماوية درر (قوله فعلى الشرط) هذا إذا كان الخارج يرغب فيه ، وإن لم يرغب فى مثله فى المعاملة لايجوز شرنبلالية عن البزازية ، لأن مالا يرغب فيه وجوده وعدمه سواء خلاصة :

قلت : وأفتى فى الحامدية بأنه لو برز البعض دون البعض فى المدة فله أخذ مابرز بعمله فيها دون البارز بعدها (قوله وإلا فسدت) أى وإلا يخرج فى الوقت المسمى بل تأخر فللعامل أجر المثل لفساد العقد لأنه تبين الخطأ فى المدة المسماة فصار كما إذا علم ذلك فى الابتداء ، بخلاف ما إذا لم يخرج أصلا لأن الذهاب بآفة فلا يتبين فساد المدة فبقى العقد صحيحا ، ولا شىء لكل واحد منهما على صاحبه هداية (قوله ليدوم عمله الخ) عبارة صدر الشريعة : ليعمل إلى إدراك الثمر :

واعترضها المصنف تبعا لليعقوبية وغيرها بأن مفادها أن الأجرة بمقابلة العمل اللاحق إلى النضج وليس كذلك لأنه لما تبين فساد العقد بعدم الخروج لزم أجر العمل السابق . وأجابوا بأنه يمكن أن يقال معنى قوله ليعمل ليدوم عمله والإدراك بمعنى الخروج لأنه مالم يخرج لايستحق الأجر أصلا لجواز أن لا يخرج أصلا لآفة سماوية اه :

(ولو دفع غراسا فى أرض لم تبلغ الثمرة على أن يصلحها فما خرج كان بينهما تفسد) هذه المساقاة (إن لم يذكرا أعواما معلومة) فإن ذكرا ذلك صح (وكذا لو دفع أصول رطبة فى أرض مساقاة ولم يسم المدة ، بخلاف الرطبة فإنه يجوز) وإن لم يسم المدة (ويقع على أول جز يكون ، ولو دفع رطبة انتهى جذاذها على أن يقوم عليها حتى يخرج بذرها ويكون بينهما نصفين جاز بلا بيان مدة والرطبة لصاحبها ، ولو شرطا الشركة فيها) أى فى الرطبة (فسدت) لشرطهما الشركة فيما لا ينمو بعمله .

(وتصح فى الكرم والشجر والرطاب) المراد منها جميع البقول (وأصول الباذنجان والنخل) وخصها الشافعى بالكرم والنخل (لو فيه) أى الشجر المذكور (ثمرة غير مدركة) بمعنى تزيد العمل (وإن مدركة) قد انتهت (لا) تصح (كالمزارعة) لعدم الحاجة .

وأجاب ابن الكمال بأن المعنى أجر مثل العامل المستأجر ليعمل إلى إدراك الثمر لا أجر مثل العامل المستأجر إلى زمان ظهور فساد العقد فإن أجر المثل يتفاوت بقلة المدة وكثرتها فافهم فإنه دقيق اهـ تأمل (قوله لم تبلغ الثمرة) أى لم تبلغ الغراس الثمرة كذا فى شروح الهداية فالثمرة بالنصب مفعول تبلغ وفاعله ضمير الغراس : والمعنى أنها لم تبلغ زمنا تصلح فيه للإثمار لا أنها لم تثمر بالفعل ، لأنها لو كانت صالحة للإثمار لكنها وقت الدفع لم تكن مثمرة يصح بلا بيان المدة ويقع على أول ثمرة تخرج كما مر ، ولهذا عبر هناك بالشجر وهنا عبر بالغراس فتفطن لهذه الدقيقة (قوله تفسد) لأن الغراس يتفاوت بقوة الأرض وضعفها تفاوتا فاحشا فلا يمكن صرفه إلى أول ثمرة تخرج منه زيلعى (قوله وكذا لو دفع أصول رطبة الخ) أى تفسد ، وقوله بخلاف الرطبة الخ يوهم أن الفرق بينهما من حيث أن المدفوع فى الأولى أصول الرطبة ، وفى الثانية الرطبة نفسها وليس كذلك ، بل الفرق أنه إذا لم يعلم أول جزة منها متى تكون تفسد ، وإن علم تجوز .

قال فى غاية البيان : ولو دفع أصول رطبة يقوم عليها حتى تذهب أصولها وينقطع نبتها وما خرج نصفان فهو فاسد ، وكذلك النخل والشجر لأنه ليس لذلك وقت معلوم فكانت المدة مجهولة . أما إذا دفع النخيل أو أصول الرطبة معاملة ولم يقل حتى تذهب أصولها الخ يجوز ، وإن لم يبين المدة إذا كان للرطبة جزة معلومة فيقع على أول جزة ، وفى النخيل على أول ثمرة تخرج . وإذا لم يكن للرطبة جزة معلومة ، فلا يجوز بلا بيان المدة (قوله على أول جز) بفتح الجيم وتشديد الزاى : أى مجزوز بمعنى مقطوع (قوله جاز) أى إن كان البذر مما يرغب فيه كما مر .

مطلب فى المساقاة على الحور والصفصاف

[تنبيه] قدمنا صحة المعاملة فى نحو الحور والصفصاف مما لا ثمرة له ، والظاهر أن حكمه كالرطبة فيصح وإن لم يسم المدة ويقع على أول جزة ، وكذا إذا دفع له أصوله وسمى مدة تأمل (قوله المراد منها جميع البقول) كذا قاله ابن الكمال والضمير للرطاب : وفى الجوهرة : الرطاب جمع رطبة كالقصعة والقصاع والبقول غير الرطاب ، فالبقول مثل الكراث والسلق ونحو ذلك ، والرطاب كالقثاء والبطيخ والرمان والعنب والسفرجل والباذنجان وأشباه ذلك اهـ تأمل (قوله لو فيه الخ) ليس المراد بالتقييد الاحتراز عن شجر لا ثمرة له لما علمت ، بل عما فيه ثمرة مدركة بقرينة ما بعده (قوله يعنى تزيد بالعمل) أقول : أراد بالعمل مايشمل الحفظ ، لما فى الولوالجية وغيرها : دفع كرما معاملة لا يحتاج لما سوى الحفظ ، إن بحال لو لم يحفظ يذهب ثمره قبل الإدراك جاز ويكون الحفظ زيادة فى الثمار ، وإن بحال لا يحتاج للحفظ لا يجوز ولا نصيب للعامل من ذلك اهـ (قوله وإن مدركة الخ)

(دفع أرضا بيضاء مدة معلومة ليغرس وتكون الأرض والشجر بينهما لاتصح) لاشتراط الشركة

قال الكرخي في مختصره : دفع إليه نخلا فيه طلع معاملة بالنصف جاز ، وكذا لو دفعه وقد صار بسرا أخضر أو أحمر إلا أنه لم يتناه عظمه ، فإن دفعه وقد انتهى عظمه ولا يزيد قليلا ولا كثيرا إلا أنه لم يرطب فسد ، فإن أقام عليه وحفظه حتى صار تمرا فهو لصاحب النخل وللعامل أجر مثله ، وكذلك العنب وجميع الفاكهة في الأشجار ، وكذلك الزرع مالم يبلغ الاستحصاد ، وإذا استحصد لم يجز دفعه لمن يقوم عليه ببعضه ، والجواب فيه كالأول إتقاني (قوله بيضاء) أي لانبات فيها (قوله مدة معلومة) وبدونها بالأولى (قوله وتكون الأرض والشجر بينهما) قيد به إذ لو شرط أن يكون هذا الشجر بينهما فقط صح :

مطلب يشترط في المناصبة بيان المدة

قال في الخانية : دفع إليه أرضا مدة معلومة على أن يغرس فيها غراسا على أن ما تحصل من الأغراس والثمار يكون بينهما جاز اه ومثله في كثير من الكتب ، وتصريحهم بضرب المدة صريح في فسادها بعدمه ووجهه أنه ليس لإدراكها مدة معلومة ، كما قالوا فيما لو دفع غراسا لم تبلغ الثمرة على أن يصلحها حيث من الوقف والمساقاة ، ومثله في الحامدية والمرادية وهكذا حققه الرملي في الحاشية ، وهذه تسمى مناصبة ويفعلونها في زماننا بلا بيان مدة ، وقد علمت فسادها . قال الرملي : وإذا فسدت لعدم المدة ينبغي أن يكون الثمر والغرس لرب الأرض وللآخر قيمة الغرس وأجرة المثل ، كما لو فسدت باشتراط بعض الأرض لتساويهما في العلة وهي واقعة الفتوى اه :

أقول : وفي الذخيرة : وإذا انقضت المدة يخير رب الأرض ، إن شاء غرم نصف قيمة الشجرة ويملكها ، وإن شاء قلعها اه : وبيان ذلك فيها في الفصل الخامس فراجعها :

هذا ، وفي التاترخانية والذخيرة : دفع إلى ابن له أرضا ليغرس فيها أغراسا على أن الخارج بينهما نصفان ولم يؤقت له وقتا فغرس فيها ثم مات الدافع عنه وعن ورثة سواه فأراد الورثة أن يكلفوه قلع الأشجار كلها ليقسموا الأرض ، فإن كانت الأرض تحتمل القسمة قسمت ، وما وقع في نصيب غيره كلف قلعه وتسوية الأرض ما لم يصطلحوا ، وإن لم تحتمل يؤمر الغارس بقلع الكل ما لم يصطلحوا اه ، فهذا كالصريح في أن المناصبة تفسد بلا بيان المدة كما فهمه الرملي من تقييدهم بالمدة ، إذ لو صحت لكان الغراس مناصفة كما شرطا ، لكنه يفيد أنه حيث فسدت فالغراس للغارس لا للدافع وهو خلاف ما بحثه الرملي فليتأمل :

ويمكن ادعاء الفرق بين هذا وبين ما إذا فسدت باشتراط نصف الأرض ، ويظهر ذلك مما عللوا به الفساد فإنهم عللوا له بثلاثة أوجه : منها كما في النهاية أنه جعل نصف الأرض عوضا عن جميع الغراس ونصف الخارج عوضا لعمله فصار العامل مشتريا نصف الأرض بالغراس المجهول فيفسد العقد ، فإذا زرعه في الأرض بأمر صاحبها فكأن صاحبها فعل ذلك بنفسه فيصير قابضا ومستهلكا بالعلوق فيجب عليه قيمته وأجر المثل اه ، ولا يتأتى ذلك في مسألتنا بل هو في معنى استئجار الأرض بنصف الخارج : وإذا فسد العقد لعدم المدة يبقى الغراس للغارس ، ونظيره ما مر في المزارعة أنها إذا فسدت فالخارج لرب البذر ، ولا يخفى أن الغرس كالبذر ، وينبغي لزوم أجر مثل الأرض كما في المزارعة ، هذا ما ظهر لي ، والله تعالى أعلم (قوله لاشتراط الشركة الخ) هذا ثاني الأوجه التي عللوا بها الفساد ، وعليه اقتصر في الهداية ، وقال إنه أصحها : قال في العناية : لأنه نظير من استأجر صباغا ليصبغ ثوبه بصبغ نفسه على أن يكون نصف المصبوغ للصباغ فإن الغراس آلة تجعل الأرض

فيما هو موجود قبل الشركة فكان كقفيز الطحان فتفسد (والثمر والغرس لرب الأرض) تبعا لأرضه (وللآخر قيمة غرسه) يوم الغرس (وأجر) مثل (عمله) وحيلة الجواز أن يبيع نصف الغراس بنصف الأرض ويستأجر رب الأرض العامل ثلاث سنين مثلا بشيء قليل ليعمل فى نصيبه صدر الشريعة .

(ذهبت الريح بنواة رجل وألقتها فى كرم آخر فنبت منها شجرة فهى لصاحب الكرم) إذ لا قيمة للنواة (وكذا لو وقعت خوخة فى أرض غيره فنبتت) لأن الخوخة لا تنبت إلا بعد ذهاب لحمها .

(وتبطل) أى المساقاة (كالمزارعة بموت أحدهما ومضى مدتها والثمر نىء) هذا قيد لصورتى الموت ومضى المدة (فإن مات العامل تقوم ورثته عليه) إن شاءوا حتى يدرك الثمر (وإن كره الدافع) أى رب الأرض ، وإن أرادوا القلع لم يجبروا على العمل (وإن مات الدافع يقوم العامل كما كان وإن كره ورثة الدافع) دفعا للضرر

بها بستانا كالصبغ للثوب ، فإذا فسدت الإجارة بقيت الآلة متصلة بملك صاحب الأرض وهى متقومة فيلزمه قيمتها كما يجب على صاحب الثوب قيمة ما زاد الصبغ فى ثوبه وأجر عمله اهـ (قوله فيما هو موجود قبل الشركة) وهو الأرض (قوله فكان كقفيز الطحان) إذ هو استئجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان هداية .

هذا : وأما وجه صحة المناصبة فقال فى الذخيرة لأنهما شرطا الشركة فى جميع ما يخرج بعمل العامل وهذا جائز فى المزارعة فكذا فى المعاملة اهـ . ومقتضى هذا أن كونها فى معنى قفيز الطحان لا يضر إذ هو جار فى معظم مسائل المزارعة والمعاملة ، ولهذا قال الإمام بفسادهما ، وترك صاحباه القياس استدلالا « بأنه عليه الصلاة والسلام عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع » وهذا يفيد ترجيح الوجه الذى قدمناه عن النهاية فليتأمل (قوله يوم الغرس) كذا أفاده الرملى ، وقال : لأن الضمان فى مثله من وقت الاستهلاك فتعتبر قيمته من وقته لا من وقت صيرورته شجرا مثمرا ولا من وقت المخاصمة ، فاعلم ذلك فإن المحل قد يشتبه اهـ (قوله وحيلة الجواز الخ) هذه الحيلة وإن أفادت صحة الاشتراك فى الأرض والغراس لكنها تضر صاحب الأرض لأن استئجار الشريك على العمل فى المشترك لا يصح ولا يستحق أجرا إن عمل ، فقد يمتنع عن العمل ويأخذ نصف الأرض بالثمن اليسير ، اللهم إلا أن يحمل على أنهما أفرزا الغراس وغرس كل نصفه فى جانب فتصح الإجارة أيضا فتأمل (قوله إلا بعد ذهاب لحمها) أى وبعد ذهابه لا قيمة للنواة فكانت كالمسألة الأولى ط .

قال فى المنح عن الخانية : بخلاف الصيد إذا فرخت فى أرض إنسان أو باضت لأن الصيد ليس من جنس الأرض ولا متصل بها (قوله فإن مات العامل الخ) أشار إلى أن العقد وإن بطل لكنه يبقى حكما أى استحسانا كما فى شرحه على الملتقى وغيره دفعا للضرر ، فاندفع ما فى الشرنبلالية من دعوى التنافى تأمل (قوله وإن أرادوا القلع) التعبير به يناسب المزارعة لا المساقاة اهـ ح .

قلت : والأحسن القطع لأنه أشمل تأمل (قوله لم يجبروا على العمل) أى بل يخير الآخر بين أن يقسم البسر على الشرط ، وبين أن يعطيهم قيمة نصيبهم من البسر ، وبين أن ينفق على البسر حتى يبلغ فيرجع بذلك فى حصتهم من الثمر كما فى الهداية ح (قوله يقوم العامل الخ) ولو التزم الضرر تتخير ورثة الآخر كما مر ، ونظيره فى المزارعة كما فى الهداية أيضا .

واستشكل الزيلعى الرجوع على العامل أو ورثته فى حصته من الثمر فقط ، وكان ينبغى الرجوع بجميع النفقة لأن العامل إنما يستحق بالعمل وكان العمل كله عليه ، ولهذا إذا اختار المضى أو لم يمت صاحبه كان العمل كله عليه ، فلو كان الرجوع بحصته فقط يؤدى إلى أن العمل يجب عليهما حتى تستحق المؤنة بحصته فقط وهذا خلف

(وإن ماتا فالخيار في ذلك لورثة العامل) كما مر (وإن لم يمت أحدهما بل انقضت مدتها) أى المساقاة (فالخيار للعامل) إن شاء عمل على ما كان (وتفسخ بالعذر كالمزارعة) كما في الإجارات (ومنه كون العامل عاجزا عن العمل ، وكونه سارقا يخاف على ثمره وسعفه منه) دفعا للضرر :

[فروع] ما قبل الإدراك كسقى وتلقيح وحفظ فعلى العامل ، وما بعده كجذاذ وحفظ فعليهما ، ولو شرط على العامل فسدت اتفاقا ملتقى : والأصل أن ما كان من عمل قبل الإدراك كسقى فعلى العامل وبعده كحصاد

لأنه يؤدى إلى استحقاق العامل بلا عمل في بعض المدة وكذا هذا الإشكال وارد في المزارعة أيضا اه . وأجاب في السعدية بأن المعنى أن الرجوع في حصة العامل بجميع النفقة لا بحصته كما فهمه هذا الفاضل اه . وهذا الجواب موافق لما قدمناه في المزارعة على التاترخانية ، من أنه يرجع بجميع النفقة مقدرا بالحصة ، ولقول الهداية هناك يرجع بما ينفقه فيحصته ولم يقل بنصفه ولا بحصته ، ومعنى كونه مقدرا بالحصة أنه يرجع بما أنفق في حصة العامل إن كان قدرها أو دونها لا بالزائد عليها كما نقل عن المقدسى . قال الحموى : نعم يرد هذا : أى إشكال الزيلعى على ما في الكافى والغاية والمبسوط من أنه يرجع بنصف ما أنفقه :

هذا ، واعلم أن الرجوع بجميع النفقة هو الموافق لما قرره في المزارعة ، وتقدم متنا من أنه لو مات رب الأرض والزرع بقل فالعمل على العامل لبقاء العقد ، ولو انقضت المدة فعليهما بالحصص وعن هذا صرح في الذخيرة بأن ورثة رب الأرض إذا أنفقوا بأمر القاضى رجعوا بجميع النفقة مقدرا بالحصة ، وفي انتهاء المدة يرجع رب الأرض على المزارع بالنصف مقدرا بالحصة : والفرق بقاء العقد في الأول ، وكون العمل على العامل فقط ، بخلاف الثانى ، وتمامه مر في المزارعة ، وهذا كله وإن كان في المزارعة لكن المساقاة مثلها كما قدمناه آنفا عن الهداية ويأتى ، ولم يفرقوا هنا بينهما إلا من وجه واحد يأتى قريبا . ثم اعلم أن ظاهر التقييد بأمر القاضى أنه لا رجوع بدونه فتنبه (قوله وإن ماتا الخ) قال في الهداية : فإن أبى ورثة العامل أن يقوّموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة رب الأرض على ما وصفنا (قوله بل انقضت مدتها) أى والثمر نىء ، فهذا والأول سواء هداية (قوله إن شاء عمل) أى كالمزارعة لكن هنا لا يجب على العامل أجر حصته إلى أن يدرك لأن الشجر لا يجوز استئجاره ، بخلاف المزارعة حيث يجب عليه أجر مثل الأرض ، وكذا العمل كله على العامل وفي المزارعة عليهما زيلعى ، وإن أبى عن العمل خير الآخر بين خيارات ثلاثة كما بينا إتقانى :

[فرع] قام العامل على الكرم أياما ثم ترك فلما أدرك الثمر جاء يطلب الحصة إن ترك في وقت صار للثمرة قيمة له الطلب ، وإن قبله فلا بزازية (قوله وتفسخ بالعذر) وهل يحتاج إلى قضاء القاضى ؟ فيه روايتان ذكرناهما في المزارعة إتقانى ، وهل سفر العامل عذر فيه روايتان : قال في البزازية : والصحيح أنه يوفق بينهما ، فهو عذر إذا شرط عليه عمل نفسه ، وغير عذر إذا أطلق ، وكذا التفصيل في مرض العامل اه (قوله وسعفه) بالتحريك جمع سعفة : غصن النخل صحاح ، ونقله ابن الكمال عن المغرب ، وكتب في الهامش أن ما في زكاة العناية من أنه ورق الجريد الذى يتخذ منه المراوح ليس بذاك اه ، لكن ذكر القهستانى أنه يطلق عليهما (قوله منه) أى من العامل متعلق بقوله يخاف (قوله ولو شرط على العامل فسدت اتفاقا) عبارة الهداية : ولو شرط الجذاذ على العامل فسدت اتفاقا لأنه لا عرف فيه اه ، وقدم الشارح آخر المزارعة عن الخلاصة أنه يضمن العنب بترك الحفظ للعرف فتنبه (قوله والأصل الخ) لم يفد شيئا زائدا على ما قبله ، فإن ما قبله أصل لذكره على وجه العموم تأمل :

عليهما كما بعد القسمة فليحفظ :

دفع كرمة معاملة بالنصف ثم زاد أحدهما على النصف ، إن زاد رب الكرم لم يجز لأنه هبة مشاع يقسم ، وإن زاد العامل جاز لأنه إسقاط .

دفع الشجر لشريكه مساقاة لم يجز فلا أجر له

وذكر فى التاترخانية عن الينابيع أن اشتراط ما لا تبقى منفعته بعد المدة على المساقى كالتلقيح والتأبير والسقى جائز ، وما تبقى منفعته بعدها كإلقاء السرقين ونصب العرائش وغرس الأشجار ونحو ذلك مفسد (قوله كما بعد القسمة) أى كالعمل الذى بعد قسمة الخارج . قال فى العناية : كالحمل إلى البيت والطحن وأشباههما وهما ليسا من أعمالها فيكونان عليهما ، لكن فيما هو قبل القسمة على الاشتراك ، وفيما هو بعدها على كل واحد منهما فى نصيبه خاصة لتميز ملك كل واحد منهما عن ملك الآخر (قوله ثم زاد أحدهما الخ) ذكر فى الهندية أصلا حسنا فقال : الأصل ما مر مرارا أن كل موضع احتمل إنشاء العقد احتمل الزيادة وإلا فلا ، والحط جائز فى الموضعين ، فإذا دفع نخلا بالنصف معاملة فخرج الثمر ، فإن لم يتناه عظمه جازت الزيادة منهما أيهما كان ، ولو تناهى عظم البسر جازت الزيادة من العامل لرب الأرض ، ولا تجوز الزيادة من رب الأرض للعامل شيئا اهـ ، فإن حمل ماذكر هنا على ما إذا تناهى العظم حصل التوفيق ، أما قبل التناهى فهو بمنزلة إنشاء العقد ، وإنشاؤه حينئذ من الطرفين جائز كما يشير إليه أصل الهندية فتدبر اهـ ط .

قلت : وذكر نحو هذا الأصل فى التاترخانية ، وذكر أن المزارعة والمعاملة سواء (قوله دفع الشجر لشريكه مساقاة لم يجز) أى إذا شرط له أكثر من قدر نصيبه . قال فى التاترخانية : وإذا فسدت فالخارج بينهما نصفان على قدر نصيبهما فى النخيل ، ولو اشترطا أن يكون الخارج بينهما نصفين جاز اهـ وفساد مساقاة الشريك مذكور فى المنح وغيرها ، وبه أفتى فى الخيرية والحامدية ، فما يفعل فى زماننا فاسد فتنبه ، وقيد بالمساقاة لأن المزارعة بين الشريكين فى أرض وبذر منهما تصح فى أصح الروايتين . والفرق كما فى الذخيرة أن معنى الإجارة فى المعاملة راجح على معنى الشركة ، وفى المزارعة بالعكس .

[فرع] لو ساق أحد الشريكين على نصيبه أجنبيا بلا إذن الآخر هل يصح؟ فعند الشافعية نعم . قال الرملى : والظاهر أن مذهبنا كذلك لأن المساقاة إجارة وهى تجوز فى المشاع عندهما ، والمعوّل عليه فى المساقاة والمزارعة مذهبهما ، فتجوز المساقاة فى المشاع ، ولم أر من صرح به . ثم رأيت المؤلف أجاب بأنها تصح عندهما كما تفقهت ولله تعالى الحمد والمنة اهـ .

أقول : فيه بحث ، لأن معنى الإجارة وإن كان راجحا فى المساقاة كما قدمناه آنفا ، لكن الإجارة فيها من جانب العامل لا الشجر ، لأن استئجار الشجر لا يجوز كما مر ، فالعامل فى الحقيقة أجير لرب الشجر بجزء من الخارج ، ولا شيوع فى العامل بل الشيوع فى الأجرة فلم يوجد هنا إجارة المشاع التى فيها الخلاف فتدبر .

على أنه ذكر فى التاترخانية فى الفصل الخامس مانصه : إذا دفع النخيل معاملة إلى رجلين يجوز عند أبى يوسف ولا يجوز عند أبى حنيفة وزفر ، ولو دفع نصف النخيل معاملة لا يجوز اهـ ، فإن كان المراد أن النخيل كله للدافع كما هو المتبادر فعدم الجواز فيه يدل على عدم الجواز فى المشترك بالأولى ، بل يفيد عدم الجواز ولو بإذن الشريك كما لا يخفى على المتأمل ، وإن كان المراد أن النخيل مشترك ودفع أحدهما لأجنبى فالأمر أظهر ، فتعين ما قلناه وثبت أن مساقاة الشريك لأجنبى ولو بإذن الشريك الآخر لا تصح كمساقاة أحد الشريكين للآخر ، هذا ماظهر

لأنه شريك فيقع العمل لنفسه . وفى الوهبانية :

وما للمساقى أن يساقى غيره وإن أذن المولى له ليس ينكر

وفى معاياتها: وأى شياه دون ذبح يحلها وأى المساق والمزارع يكفر

كتاب الذبائح

مناسبتها للمزارعة كونهما إتلافا فى الحال للانتفاع بالنبات واللحم فى المآل . الذبيحة اسم ما يذبح كالذبح بالكسر ، وأما بالفتح فقطع الأوداج :

لفهمى القاصر ، والله أعلم (قوله لأنه شريك الخ) هذا يوضح لك ما أردناه على الحيلة التى نقلها عن صدر الشريعة (قوله فيقع العمل لنفسه) أى أصالة ولغيره تبعا ط (قوله وما للمساقى الخ) فلو ساقى بلا إذن فالخارج للمالك كما أفتى به فى الحامدية :

قال فى الذخيرة : دفع إليه معاملة ولم يقل له اعمل برأيك فدفع إلى آخر فالخارج لمالك النخيل وللعامل أجر مثله على العامل الأول بالغا ما بلغ ، ولا أجر للأول لأنه لا يملك الدفع ، إذ هو إيجاب الشركة فى مال الغير ، وعمل الثانى غير مضاف إليه لأن العقد الأول لم يتناوله ، ولو هلك الثمر فى يد العامل الثانى بلا عمله وهو على رؤوس النخيل لا يضمن ، وإن من عمل الأجير فى أمر يخالف فيه أمر الأول يضمن لصاحب النخيل العامل الثانى لا الأول ، وإن هلك من عمله فى أمر لم يخالف أمر الأول فارب النخيل أن يضمن أيا شاء ، وللأخير إن ضمنه الرجوع على الأول اهـ ومثله فى التاترخانية والبزازية ، وبه أفتى العلامة قاسم ، ونقله عن عدة كتب ، فتنبه لذلك فإنه خفى على كثيرين :

بقى أنه لم يبين حكم المزارع ، وذكر فى الذخيرة وغيرها أنه على وجهين : الأول أن يكون البذر من رب الأرض ، فليس للمزارع دفعها مزارعة إلا بإذن ولو دلالة لأن فيه اشتراك غيره فى مال رب الأرض بلا رضاه. والثانى أن يكون من المزارع فله الدفع ولو بلا إذن لأنه يشرك غيره فى ماله ، وتفاصيل المسألة طويلة فلتراجع (قوله وأى شياه الخ) هى الشاة التى ندت خارج المصر ولا يقدر على أخذها يكفى فيها الجرح فى أى مكان مع التسمية كالصيد ، والمراد بالكفر الستر ، سمى الزارع كافرا لأنه يستر الحب ، فكل مزارع ومساق إذا بذر يكفر أى يستر شرنبلالى ، وفى كون المساقى يستر نظر ، فتدبر والله تعالى أعلم :

كتاب الذبائح

(قوله مناسبتها للمزارعة الخ) كذا فى شروح الهداية. قال فى الحواشى السعدية : كان ينبغى أن تبين المناسبة بين الذبائح والمساقاة لذكرها بعد المساقاة ، ويقول فى كل منهما إصلاح ما لا ينتفع به بالأكل فى الحال للانتفاع فى المآل اهـ :

أقول : قد يجاب بأنه لما كانت المساقاة متحدة مع المزارعة شروطا وحكما وخلافا كما مر ، وذكرا فى كثير من الكتب فى ترجمة واحدة ، ونقل القهستانى عن النتف أن المساقاة من المزارعة تسامحوا فى ذلك (قوله إتلافا فى الحال) لأن فيهما إلقاء البذر فى الأرض واستهلاكه فيها وإزهاق روح الحيوان وتخريب بنيته ، لكن هذا الإتلاف فى الحقيقة إصلاح فلا ينافى ما مر فتدبر (قوله الذبيحة اسم ما يذبح) فالإطلاق باعتبار ما يئول (قوله كالذبح بالكسر) فهما بمعنى واحد ، ومنه قوله تعالى — وفديناه بذبح عظيم — (قوله وأما بالفتح) فى بعض النسخ : وأما الفتح ، والمراد المفتوح (قوله فقطع الأوداج) فيه تغليب كما يأتى :

(حرم حيوان من شأنه الذبح) خرج السمك والجراد فيحلان بلا ذكاة ، ودخل المتردية والنطيحة وكل (مالم يذك) ذكاء شرعيا اختياريا كان أواضطراريا (وذكاة الضرورة جرح) وطعن وإنهار دم (فى أى موضع وقع من البدن ، و) ذكاة (الاختيار ذبح بين الحلق واللبة) بالفتح : المنحر من الصدر (وعروقه الحلقوم) كله وسطه أو أعلاه أو أسفله : وهو مجرى النفس

(قوله من شأنه الذبح) أى شرعا لأن السمك والجراد يمكن ذبحهما ط أى إن كان لهما أوداج ، وإلا فلا يمكن فيهما أصلا تأمل (قوله ودخل)أى فيما يحرم المتردية والنطيحة ، وكذا المريضة والتى بقر الذئب بطنها على مايأتى بيانه (قوله وكل مالم يذك) هذا الدخول اقتضى خروج المتن عن كونه قيدا فى التعريف اهـ ح (قوله ذكاء شرعيا) المعروف الذكاة بالهاء فليراجع اهـ ح .

أقول : فى القاموس التذكية الذبح كالذكاء والذكاة (قوله وذكاة الضرورة) أى في صيد غير مستأنس ونحوه مما يأتى متنا وشرحا (قوله وطعن وإنهار دم) كذا فى المنح ، فالأول عطف خاص على عام والثانى مسبب عنهما : قال ط : ولو اقتصر على الجرح كما اقتصر غيره لكان أولى (قوله بين الحلق واللبة) الحلق فى الأصل الحلقوم كما فى القاموس : أى من العقدة إلى مبدإ الصدر ، وكلام التحفة والكافى وغيرهما يدل على أن الحلق يستعمل فى العنق بعلاقة الجزئية ، فالمعنى بين مبدإ الحلق : أى أصل العنق كما فى القهستانى ، فكلام المصنف محتمل للروايتين الآتيتين (قوله بالفتح) أى والتشديد (قوله وعروقه) أى الحلق لا الذبح قهستانى (قوله الحلقوم) هو الحلق زيد فيه الواو والميم كما فى المقاييس قهستانى (قوله وسطه أو أعلاه أو أسفله) العبارة للإمام محمد فى الجامع الصغير لكنها بالواو ، وأتى الشارح بأو إشارة إلى أن الواو فيها بمعنى أو ، إذ ليس الشرط وقوع الذبح فى الأعلى والأوسط والأسفل بل فى واحد منها فافهم؛ قال فى الهداية وفى الجامع الصغير : لا بأس بالذبح فى الحلق كله وسطه وأعلاه وأسفله ، والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « الذكاة ما بين اللبة واللحيين » ولأنه مجمع العروق فيحصل بالفعل فيه إنهار الدم على أبلغ الوجوه فكان حكم الكل سواء اهـ. وعبارة المبسوط : الذبح مابين اللبة واللحيين كالحديث .

قال فى النهاية : وبينهما اختلاف من حيث الظاهر لأن رواية المبسوط تقتضى الحل فيما إذا وقع الذبح قبل العقدة لأنه بين اللبة واللحيين ، ورواية الجامع تقتضى عدمه لأنه إذا وقع قبلها لم يكن الحلق محل الذبح فكانت رواية الجامع مقيدة لإطلاق رواية المبسوط . وقد صرح فى الذخيرة بأن الذبح إذا وقع أعلى من الحلقوم لا يحل لأن المذبح هو الحلقوم لكن رواية الإمام الرستغفنى(١) تخالف هذه ، حيث قال : هذا قول العوام وليس بمعتبر ، فتحل سواء بقيت العقدة مما يلى الرأس أو الصدر ، لأن المعتبر عندنا قطع أكثر الأوداج وقد وجد ، وكان شيخى يفتى بهذه الرواية ويقول : الرستغفنى إمام معتمد فى القول والعمل ، ولو أخذنا يوم القيامة للعمل بروايته نأخذه كما أخذنا اهـ ما فى النهاية ملخصا . وذكر فى العناية أن الحديث دليل ظاهر لهذه الرواية ورواية المبسوط تساعدها ، وما فى الذخيرة مخالف لظاهر الحديث اهـ .

أقول : بل رواية الجامع تساعد رواية الرستغفنى أيضا ، ولا تخالف رواية المبسوط بناء على ما مر عن القهستانى من إطلاق الحلق على العنق ، وقد شنع الإتقانى فى غاية البيان على من خالف تلك الرواية غاية التشنيع ،

---

(١) (الرستغفنى) هو على بن سعد أبو الحسن ، من رستغفن بضم الراء وسكون السين المهملتين وضم التاء ثالث الحروف وسكون الغين المعجمة وبالنون بعد الفاء : إحدى قرى سمرقند ، كذا فى طبقات عبد القادر اهـ مؤلفه .

على الصحيح (والمرىء) هو مجرى الطعام والشراب (والودجان) مجرى الدم (وحل) المذبوح (بقطع أى ثلاث منها) إذ للأكثر حكم الكل وهل يكفى قطع أكثر كل منها ؟ خلاف وصحح البزازى قطع كل حلقوم ومرىء وأكثر ودج وسيجىء أنه يكفى من الحياة قدر ما يبقى فى المذبوح (و) حل الذبح (بكل ما أفرى الأوداج) أراد بالأوداج كل الأربعة تغليبا (وأنهر الدم) أى أساله

وقال : ألا ترى قول محمد فى الجامع أو أعلاه فإذا ذبح فى الأعلى لابد أن تبقى العقدة تحت ولم يلتفت إلى العقدة فى كلام الله تعالى ولا كلام رسوله صلى الله عليه وسلم ، بل الذكاة بين اللبة واللحيين بالحديث ، وقد حصلت لا سيما على قول الإمام من الاكتفاء بثلاث من الأربع أيا كانت ؛

ويجوز ترك الحلقوم أصلا فبالأولى إذا قطع من أعلاه وبقيت العقدة أسفل اه ، ومثله فى المنح عن البزازية وبه جزم صاحب الدرر والملتقى والعينى وغيرهم ، لكن جزم فى النقاية والمواهب والإصلاح بأنه لابد أن تكون العقدة مما يلى الرأس وإليه مال الزيلعى وقال : ماقاله الرستغفنى مشكل ، فإنه لم يوجد فيه قطع الحلقوم ولا المرىء وأصحابنا وإن اشترطوا قطع الأكثر فلابد من قطع أحدهما عند الكل ، وإذا لم يبق شىء من العقدة مما يلى الرأس لم يحصل قطع واحد منهما فلا يؤكل بالإجماع الخ ؛ ورده محشيه الشلبى والحموى ؛ وقال المقدسى : قوله لم يحصل قطع واحد منهما ممنوع بل خلاف الواقع ، لأن المراد بقطعهما فصلهما عن الرأس أو عن الاتصال باللبة اه ؛ وقال الرملى : لايلزم منه عدم قطع المرىء إذ يمكن أن يقطع الحرقد كزبرج وهو أصل اللسان وينزل على المرىء فيقطعه فيحصل قطع الثلاثة اه ؛

أقول : والتحرير للمقام أن يقال : إن كان بالذبح فوق العقدة حصل قطع ثلاثة من العروق ؛ فالحق ماقاله شراح الهداية تبعا للرستغفنى ، وإلا فالحق خلافه ، إذ لم يوجد شرط الحل باتفاق أهل المذهب ، ويظهر ذلك بالمشاهدة أو سؤال أهل الخبرة ، فاغتنم هذا المقال ودع عنك الجدال (قوله على الصحيح) لأنه المذكور فى أكثر كتب اللغة والطب ؛

وفى الهداية أنه مجرى العلف والماء ، والمرىء مجرى النفس ؛ قال صدر الشريعة : وهو سهو ، لكن نقل مثله ابن الكمال عن الكشاف فى تفسير سورة الأحزاب والقهستانى عن المبسوطين ؛ وقال فى الطلبة : الحلقوم مجرى الطعام ، والمرىء مجرى الشراب ؛ وفى العينى أنه مجراهما (قوله والمرىء) بالهمز قال فى القاموس كأمير (قوله والودجان) تثنية ودج بفتحتين : عرقان عظيمان فى جانبى قدام العنق بينهما الحلقوم والمرىء قهستانى (قوله إذ للأكثر حكم الكل) ولقوله عليه الصلاة والسلام « أفر الأوداج بما شئت » وهو اسم جمع وأقله الثلاث ؛ قال فى العناية : والفرى القطع للإصلاح ، والإفراء للإفساد فكسر الهمزة أنسب (قوله وهل يكفى قطع أكثر كل منها) أى من الأربعة ، وهذا قول محمد والأول قول الإمام ؛ وعند أبى يوسف يشترط قطع الأولين وأحد الودجين ، وكان قوله قول الإمام ؛ وعن أبى يوسف رواية ثالثة ، وهى اشتراط قطع الحلقوم مع آخرين ذكره الإتقانى وغيره (قوله وصحح البزازى الخ) عبارته : أصح الأجوبة فى الأكثر عنه : إذا قطع الحلقوم والمرىء والأكثر من كل ودجين يؤكل ومالا فلا اه ؛ ويظهر من كلام غيره أن الضمير فى عنه راجع للإمام محمد فتأمل (قوله وسيجىء) أى قبيل قوله ذبح شاة ؛ وفى المنح عن الجوهرة والينابيع : إذا مرضت الشاة ولم يبق فيها من الحياة إلا مقدار مايعيش المذبوح ، فعندهما لا تحل بالذكاة ، والمختار أن كل شىء ذبح وهو حى أكل ، وعليه الفتوى لقوله تعالى — إلا ماذكيتم — من غير تفصيل (قوله بكل) متعلق بقطع (قوله أراد بالأوداج الخ)

(ولو) بنار أو (بليطة) أى قشر قصب (أو مروة) هى حجر أبيض كالسكين يذبح بها (إلا سنا وظفرا قائمين، ولو كانا منزوعين حل) عندنا (مع الكراهة) لما فيه من الضرر بالحيوان كذبحه بشفرة كايلة.

(وندب إحداد شفرته قبل الإضجاع، وكره بعده كالجر برجلها إلى المذبح وذبحها من قفاها) إن بقيت حية حتى تقطع العروق وإلا لم تحل لموتها بلا ذكاة (والنخع) بفتح فسكون: بلوغ السكين النخاع، وهو عرق أبيض فى جوف عظم الرقبة.

(و) كره كل تعذيب بلا فائدة مثل (قطع الرأس والسلخ قبل أن تبرد) أى تسكن عن الاضطراب وهو تفسير باللازم كما لا يخفى (و) كره (ترك التوجه إلى القبلة) لمخالفته السنة.

(وشرط كون الذابح مسلما حلالا خارج الحرم إن كان صيدا)

يشير إلى أنه ليس المراد خصوص الودجين والجمع لما فوق الواحد، بل المراد الأربعة تغليبا أى بكل آلة تقطعها، ولا يخفى أن وصف الآلة بذلك لا يفيد اشتراط قطع الأربعة للحل حتى ينافى مامر فافهم (قوله ولو بنار) قال فى الدر المنتقى: وهل تحل بالنار على المذبح؟ قولان، الأشبه لا كما فى القهستانى عن الزاهدى.

قلت: لكن صرحوا فى الجنايات بأن النار عمد وبها تحل الذبيحة، لكن فى المنح عن الكفاية إن سال بها الدم تحل وإن تجمد لا اه فليحفظ وليكن التوفيق اه (قوله أو بليطة) بكسر اللام وسكون الياء آخر الحروف: هى قشر القصب اللازق والجمع ليط اه ط عن الحموى (قوله أو مروة) صححها بعض شراح الوقاية بكسر الميم ولم نجده فى المعتبرات من اللغات، وقد أوردها صاحب الدستور فى الميم المفتوحة كذا قاله أخى زاده منح (قوله مع الكراهة) أى كراهة الذبح بها، وأما أكل الذبيح بها لا بأس به كما فى العناية والاختيار شرنبلالية (قوله بشفرة) بفتح الشين ح عن جامع اللغة. وفى القاموس أنها السكين العظيم، وما عرض من الحديد وحد وجمعه شفار (قوله وندب الخ) للأمر به فى الحديث، ولأنها تعرف مايراد بها كما جاء فى الخبر «أبهمت البهائم إلا عن أربعة: خالقها، ورازقها، وحتفها، وسفادها» شرنبلالية عن المبسوط (قوله إن بقيت حية الخ) قال الفقيه أبو بكر الأعمش: وهذا إنما يستقيم أن لو كانت تعيش قبل قطع العروق بأكثر مما يعيش المذبوح حتى تحل بقطع العروق ليكون الموت مضافا إليه، وإلا فلا تحل لأنه يحصل الموت مضافا إلى الفعل السابق إتقانى، لكني رأيت بهامشه، قال الحاكم الشهيد: هذا التفصيل يصح فيما إذا قطعه بدفعتين، فلو بدفعة فلا حاجة إليه كما قلنا فى الديات: لو شجه موضحتين بضربة ففيه أرش وبضربتين أرشان اه.

أقول: وهو الذى يظهر لمن تدبر ولذا لم يذكر جمهور الشراح هذا التفصيل (قوله والنخع) بالنون والخاء المعجمة والعين المهملة (قوله بلوغ السكين النخاع) المناسب إبلاغ السكين اه ح. وقيل النخع: أن يمد رأسه حتى يظهر مذبحه، وقيل أن يكسر عنقه قبل أن يسكن عن الاضطراب، فإن الكل مكروه لما فيه من تعذيب حيوان بلا فائدة هداية. وذكر الزمخشرى أن الأخير هو البخع بالباء دون النون، وصوبه المطرزى وغيره إلا أن الكواشى رده بأن البخاع بالباء لم يوجد فى اللغة. وقال ابن الأثير: طالما بحثت عنه فى كتب اللغة والطب والتشريح فلم أجده فمجرد منع الفاضل التفتازانى لذلك ليس بشىء قهستانى. والنخاع بالنون قال فى العناية: بالفتح والكسر والضم لغة (قوله وكره الخ) هذا هو الأصل الجامع فى إفادة معنى الكراهة عناية (قوله أى تسكن عن الاضطراب) كذا فسره فى الهداية (قوله وهو تفسير باللازم) لأنه يلزم من برودتها سكوتها بلا عكس (قوله لمخالفته السنة) أى المؤكدة لأنه توارثه الناس فيكره تركه بلا عذر إتقانى (قوله إن كان صيدا) قيد لقوله

فصيد الحرم لاتحله الذكاة فى الحرم مطلقا (أو كتابيا ذميا أو حربيا) إلا إذا سمع منه عند الذبح ذكر المسيح (فتحل ذبيحتهما ، ولو) الذابح (مجنونا أو امرأة أو صبيا يعقل التسمية والذبح) ويقدر

حلالا ، وقوله خارج الحرم ، واحترز به عن ذبح الشاة ونحوها فتحل من محرم وغيره ولو فى الحرم (قوله فصيد الحرم لا تحله الذكاة فى الحرم مطلقا) أى سواء كان المذكى حلالا أو محرما كما أن المحرم لايحل الصيد بذكاته فى الحل أو الحرم ، وتقييده بقوله فى الحرم يفيد أن الحلال لو أخرجه إلى الحرم وذبحه فيه يحل . قال ط : والظاهر خلافه اه .

أقول : يؤيده إطلاق الإتقانى حيث قال : وكذا صيد الحرم لاتحل ذبيحته أصلا لا للمحرم ولا للحلال ، ويؤيده أيضا قول الهداية : لأن الذكاة فعل مشروع ، وهذا الصنيع محرم فلم يكن ذكاة (قوله ذميا أو حربيا) وكذا حربيا أو تغلبيا ، لأن الشرط قيام الملة هداية ، وكذا الصابئة لأنهم يقرون بعيسى عليه السلام قهستانى .

وفى البدائع : كتابهم الزبور ولعلهم فرق ، وقدم الشارح فى الجزية أن السامرة تدخل فى اليهود لأنهم يدينون بشريعة موسى عليه السلام ، ويدخل فى النصارى الإفرنج والأرمن سائحانى . وفى الحامدية : وهل يشترط فى اليهودى أن يكون إسرائيليا وفى النصرانى أن لايعتقد أن المسيح إله ؟ مقتضى إطلاق الهداية وغيرها عدمه ، وبه أفتى الجد فى الإسرائيلى ، وشرط فى المستصفى لحل مناكحتهم عدم اعتقاد النصرانى ذلك . وفى المبسوط : ويجب أن لا يأكلوا ذبائح أهل الكتاب إن اعتقدوا أن المسيح إله وأن عزيزا إله ، ولا يتزوجوا بنسائهم ، لكن فى مبسوط شمس الأئمة : وتحل ذبيحة النصارى مطلقا سواء قال ثالث ثلاثة أو لا ، ومقتضى الدلائل الجواز كما ذكره التمرتاشى فى فتاواه ، والأولى أن لايأكل ذبيحتهم ولا يتزوج منهم إلا للضرورة كما حققه الكمال ابن الهمام اه .

وفى المعراج أن اشتراط ماذكر فى النصارى مخالف لعامة الروايات (قوله إلا إذا سمع منه عند الذبح ذكر المسيح) فلو سمع منه ذكر الله تعالى لكنه عنى به المسيح قالوا يؤكل إلا إذا نص فقال باسم الله الذى هو ثالث ثلاثة هندية ، وأفاد أنه يؤكل إذا جاء به مذبوحا عناية ، كما إذا ذبح بالحضور وذكر اسم الله تعالى وحده (قوله ولو الذابح مجنونا) كذا فى الهداية والمراد به المعتوه كما فى العناية عن النهاية لأن المجنون لاقصد له ولانية ، لأن التسمية شرط بالنص وهى بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا ، يعنى قوله إذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط اه ، ولذا قال فى الجوهرة : لا تؤكل ذبيحة الصبى الذى لا يعقل والمجنون والسكران الذى لايعقل اه شرنبلالية ، لكن فى التبيين : ولو سمى ولم تحضره النية صح اه فيفيد أنه لا حاجة إلى التأويل كذا قيل ، وفيه نظر لقول الزيلعى بعده لأن ظاهر حاله يدل على أنه قصد التسمية على الذبيحة اه فإن المجنون المستغرق لا قصد له فتدبر (قوله يعقل التسمية الخ) زاد فى الهداية : ويضبط ، وهما قيد لكل المعطوفات السابقة واللاحقة ، إذ الاشتراك أصل فى القيود ، كما تقرر قهستانى ، فالضمير فيه للذابح المذكور فى قوله وشرط كون الذابح لا للصبى كما وهم .

واختلف فى معناه ، ففى العناية قيل يعنى يعقل لفظ التسمية ، وقيل يعقل أن حل الذبيحة بالتسمية ويقدر على الذبح ويضبط : أى يعلم شرائط الذبح من فرى الأوداج والحلقوم اه .

ونقل أبو السعود عن مناهى الشرنبلالية أن الأول الذى ينبغى العمل به لأن التسمية شرط فيشترط حصوله لاتحصيله ، فلا يتوقف الحل على علم الصبى أن الذبيحة إنما تحل بالتسمية اه وهكذا ظهر لى قبل أن أراه مسطورا ،

(أو أقلف أو أخرس لا) تحل (ذبيحة) غير كتابى من (وثنى ومجوسى ومرتد) وجنى وجبرى لو أبوه سنيا ،

ويؤيده مافى الحقائق والبزازية : لو ترك التسمية ذاكرا لها غير عالم بشرطيتها فهو فى معنى الناسى اه (قوله أو أقلف) هو الذى لم يختن وكذا الأغلف . وذكره احترازا عما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه كان يكره ذبيحته إتقانى (قوله أو أخرس) مسلما أوكتابيا ، لأن عجزه عن التسمية لا يمنع صحة ذكاته كصلاته إتقانى (قوله لا تحل ذبيحة غير كتابى) وكذا الدروز كما صرح به الحصنى من الشافعية ، حتى قال : لا تحل القريشة المعمولة من ذبائحهم وقواعدنا توافقه ، إذ ليس لهم كتاب منزل ولا يؤمنون بنبى مرسل . والكتابى من يؤمن بنبى ويقر بكتاب رملى .

أقول : وفى بلاد الدروز كثير من النصارى ، فإذا جىء بالقريشة أو الجبن من بلادهم لا يحكم بعدم الحل مالم يعلم أنها معمولة بأنفحة ذبيحة درزى ، وإلا فقد تعمل بغير أنفحة ، وقد يذبح الذبيحة نصرانى تأمل ، وسيأتى عن المصنف آخر كتاب الصيد أن العلم بكون الذابح أهلا للذكاة ليس بشرط ، ويأتى بيانه هناك إن شاء الله تعالى (قوله وجنى) لما فى الملتقط « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذبائح الجن » اه أشباه ، والظاهر أن ذلك محله مالم يتصور بصورة الآدمى ويذبح وإلا فتحل نظرا إلى ظاهر الصورة ويحرر اه ط (قوله وجبرى الخ) الظاهر أن صاحب الأشباه أخذه من القنية ، ونص عبارتها بعد أن رقم لبعض المشايخ : وعن أبى على أنه تحل ذبيحة المجبرة إن كان آباؤهم مجبرة فإنهم كأهل الذمة ، وإن كان آباؤهم من أهل العدل لم تحل لأنهم بمنزلة المرتدين اه ومراده بأبى على الجبائى رئيس أهل الاعتزال ، وبالمجبرة أهل السنة والجماعة فإنهم يسمون أهل السنة بذلك كما يفصح عنه كلام البيهقى الجشمى منهم فى تفسيره ، والمراد بأهل العدل أنفسهم كما علم ذلك فى علم الكلام ، فقد غير صاحب الأشباه المجبرة بالجبرية اه منح .

أقول : وأيضا غير أهل العدل بالسنى ، فإن المعتزلة لم يتسموا بأهل السنة بل بأهل العدل لقولهم بوجوب الصلاح والأصلح على الله تعالى ، وأنه تعالى لايخلق الشر لزعمهم الفاسد أن خلاف ذلك ظلم ، تعالى الله عما لايليق به علوا كبيرا ، لكن تغييره المجبرة بالجبرية لاضرورة فيه ، لما فى تعريفات السيد الشريف : الجبر إسناد فعل العبد إلى الله تعالى : والجبرية اثنتان : متوسطة تثبت للعبد كسبا فى الفعل كالأشعرية ، وخالصة لاتثبته كالجهمية اه . فالجبرية يطلق عليهما لكن الجبرية الخالصة يقولون إن العبد بمنزلة الجمادات ، وأن الله تعالى لا يعلم الشىء قبل وقوعه ، وأن علمه حادث لا فى محل ، وأنه سبحانه لا يتصف بما يوصف به غيره كالعلم والقدرة ، وأن الجنة والنار يفنيان . ووافقوا المعتزلة فى نفى الرؤية وخلق الكلام كما فى المواقف .

والحاصل أنه إن أريد بالجبرى من هو من أهل السنة والجماعة وأن ذبيحته لا تحل لو أبوه من أهل العدل كما فى القنية ، فهذا الفرع مخرج على عقائد المعتزلة الفاسدة ، وعلى تكفيرهم أهل السنة والجماعة لقولهم بإثبات صفات قديمة له تعالى ، فإن المعتزلة قالوا : إن النصارى كفرت بإثبات قديمين فكيف بإثبات قدماء كثيرة ؟ ورد ذلك موضح فى علم الكلام وإن كان المراد به الجهمية ، وأن ذبيحة الجهمى لا تحل لو أبوه سنيا لأنه مرتد فهو مبنى على القول بتكفير أهل الأهواء . والراجح عند أكثر الفقهاء والمتكلمين خلافه ، وأنهم فساق عصاة ضلال ويصلى خلفهم وعليهم ويحكم بتوارثهم مع المسلمين منا . قال المحقق ابن الهمام فى شرح الهداية : نعم يقع فى كلام أهل المذاهب تكفير كثير منهم ولكن ليس من كلام الفقهاء الذين هم المجتهدون بل من غيرهم ، ولا عبرة بغير الفقهاء ، والمنقول عن المجتهدين عدم تكفيرهم اه .

ولو أبوه مجوسيا حلت أشباه ، لأنه صار كمرتد قنية ، بخلاف يهودى أو مجوسى تنصر لأنه يقر على ما انتقل إليه عندنا فيعتبر ذلك عند الذبح ،حتى لو تمجس يهودى لاتحل ذكاته ، والمتولد بين مشرك وكتابى ككتابى لأنه أخف (وتارك تسمية عمدا) خلافا للشافعى (فإن تركها ناسيا حل) خلافا لمالك :

(وإن ذكر مع اسمه) تعالى (غيره ، فإن وصل) بلا عطف

فإذا علمت ذلك ظهر لك أن هذا الفرع إن كان مبنيا على عقائد المعتزلة فهو باطل بلا شبهة وإن كان مبنيا على عقائدنا، وصاحب الأشباه قاسه على تفريع المعتزلة فإنهم فرضوه فينا وهو فرضه فى أمثالهم بقرينة قوله لو سنيا فهو مبنى على خلاف الراجح ، وماكان ينبغى ذكره ولا التعويل عليه ، وكيف ينبغى القول بعدم حل ذبيحته مع قولنا بحل ذبيحة اليهود والنصارى القائلين بالتثليث ، وانتقاله عن مذهب أبيه السنى إلى مذهب الجبرية لم يخرجه عن دين الإسلام لأنه مصدق بنبى مرسل وبكتاب منزل ولم ينتقل إلا بدليل من الكتاب العزيز وإن كان مخطئا فيه ، فكيف يكون أدنى حالا من النصرانى المثلث بلا شبهة دليل أصلا بل هو مخالف فى ذلك لرسوله وكتابه لقوله تعالى — وما أرسلنا قبلك من رسول إلا نوحى إليه أنه لا إله إلا أنا — وما أمروا إلا ليعبدوا الله مخلصين له الدين — وغير ذلك ، والحمد الله على التوفيق (قوله لأنه صار كمرتد) علة لعدم الحل (قوله بخلاف يهودى الخ) مرتبط بقوله ومرتد ، وقوله لأنه يقر الخ هو الفرق بينهما ، فإن المسلم إذا انتقل إلى أى دين كان لايقر عليه (قوله فيعتبر ذلك) أى ما انتقل إليه دون ما كان عليه ، وهذه قاعدة كلية (قوله لأنه أخف) لما مر فى النكاح أن الولد يتبع أخف الأبوين ضررا : ولا شبهة أن من يؤمن بكتاب وإن نسخ أخف من مشرك يعبد الأوثان ، إذ لاشبهة له يلتجئ إليها فى المحاجة ، بخلاف الأول فإنه كان له دين حق قبل نسخه (قوله وتارك تسمية عمدا) بالجر عطفا على وثنى : أى ولا تحل ذبيحة من تعمد ترك التسمية مسلما أوكتابيا لنص القرآن ولانعقاد الإجماع ممن قبل الشافعى على ذلك ، وإنما الخلاف كان فى الناسى ولذا قالوا لايسمع فيه الاجتهاد ، ولو قضى القاضى بجواز بيعه لاينفذ، وقوله صلى الله عليه وسلم « المسلم يذبح على اسم الله سمى أو لم يسم » محمول على حالة النسيان دفعا للتعارض بينه وبين قوله عليه الصلاة والسلام حين سأله عدى بن حاتم رضى الله تعالى عنه عما إذا وجد مع كلبه كلبا آخر « لاتأكل، إنما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك» علل الحرمة بترك التسمية ، وتمام المباحث فى الهداية وشروحها ، وعلى هذا الخلاف إذا ترك التسمية عند إرسال البازى والكلب وعند الرمى هداية (قوله خلافا للشافعى) يوجد بعده فى بعض النسخ : وهو مخالف للإجماع قبله كما بسطه الزيلعى (قوله فإن تركها ناسيا حل) قدمنا عن الحقائق والبزازية أن فى معنى الناسى من تركها جهلا بشرطيتها : واستشكل بما فى البزازية وغيرها : لو سمى وذبح بها واحدة ثم ذبح أخرى وظن أن الواحدة تكفى لها لا تحل :

أقول : يمكن أن يفرق بين غير العالم بالشرطية أصلا وبين العالم بها بالجملة ، فيعذر الأول دون الثانى لوجود علمه بأصل الشرطية ، على أن الشرط فى التسمية الفور كما يأتى وبذبح الأولى انقطع الفور فى الثانية مع علمه بالشرطية تأمل ، لكن ذكر فى البدائع أنه لم يجعل ظنه الإجزاء عن الثانية عذرا كالنسيان لأنه من باب الجهل بحكم الشرع وذلك ليس بعذر ، بخلاف النسيان كمن ظن أن الأكل لا يفطر الصائم فليتأمل (قوله خلافا لمالك) كذا فى أكثر كتبنا إلا أن المذكور فى مشاهير كتب مذهبه أنه يسمى عند الإرسال وعند الذبح ، فإن تركها عامدا لا يؤكل على المشهور ، وناسيا يؤكل عن الأفكار (قوله بلا عطف) أفاد أن المراد بالوصل هنا ترك

(كره كقوله بسم الله اللهم تقبل من فلان) أو منى ، ومنه : بسم الله محمد رسول الله بالرفع لعدم العطف ويكون مبتدئا ، لكن يكره للوصل صورة ، ولو بالجر أو النصب حرم درر ، قيل هذا إذا عرف النحو . والأوجه أن لايعتبر الإعراب ، بل يحرم مطلقا بالعطف لعدم العرف زيلعى كما أفاده بقوله (وإن عطف حرمت نحو باسم الله واسم فلان أو فلان) لأنه أهلّ به لغير الله ، قال عليه الصلاة والسلام « موطنان لاأذكر فيهما : عند العطاس ، وعند الذبح » (فإن فصل صورة ومعنى كالدعاء قبل الإضجاع و) الدعاء (قبل التسمية أو بعد الذبح

العاطف بقرينة قوله وإن عطف على خلاف اصطلاح البيانيين فى الوصل والفصل (قوله كقوله بسم الله اللهم تقبل من فلان) أقول : فلو عطف هنا ينبغى أن لايضر لما فى غاية البيان : لو قال بسم الله صلى الله على محمد يحل ، والأولى أن لايفعل، ولو قال مع الواو يحل أكله (قوله ومنه) أى من الوصل بلا عطف (قوله ولو بالجر أو النصب حرم) نقله فى غاية البيان عن الفتاوى والروضة لأنه يكون بدلا مما قبله على اللفظ أو المحل (قوله قيل هذا) أى التحريم فيما لو وصل مع الجر أو النصب . قال فى النهاية: فيما لو وصل بلا عطف ، إن بالرفع يحل وبالخفض لا ، كذا فى النوازل . وقال بعضهم : هذا إذا كان يعرف النحو . وقال بعضهم : على قياس ما روى عن محمد أنه لايرى الخطأ فى النحو معتبرا فى الصلاة ونحوها : لاتحرم الذبيحة ، كذا فى الذخيرة .

وذكر الإمام التمرتاشى أن وصله بلا واو يحل فى الأوجه كلها لأنه غير مذكور على سبيل العطف فيكون مبتدئا ، لكن يكره لوجود الوصل صورة ، وإن مع الواو ، فإن خفضه لايحل لأنه يصير ذابحا بهما ، وإن رفعه يحل لأنه كلام مبتدأ ، وإن نصبه اختلفوا فيه اهـ ومثله فى الكفاية والمعراج ، وجزم فى البدائع بما قاله التمرتاشى (قوله والأوجه الخ) عبارة الزيلعى هكذا : والأوجه أن لايعتبر الإعراب بل يحرم مطلقا بالعطف لأن كلام الناس لايجرى عليه اهـ. قال الشيخ الشلبى فى حاشيته : هكذا هو فى جميع ماوقفت عليه من النسخ وهو غير ظاهر ، لأن الكلام فيما إذا لم يكن هناك عطف ، والظاهر أنه يقال بل لايحرم مطلقا بدون العطف اهـ أبوالسعود ، وأيده ط بما مر آنفا عن النهاية ، وقدمنا أنه جزم به فى البدائع (قوله كما أفاده بقوله وإن عطف الخ) فإن ظاهره الحرمة مع العطف فى حالة الجر وغيرها حيث أطلق ولم يقل كقول الهداية ومحمد رسول الله بكسر الدال ، وكون هذا مفاد كلام الزيلعى يقتضى أنه حمل كلامه على ظاهره ، ويؤيده أن ابن ملك قال فى صورة العطف : قيل ولو رفع يحل ، لكن الأوجه إلى آخر ماقدمناه عن الزيلعى ولم يعزه لأحد ، نعم عبارة الزيلعى مفروضة فى صورة عدم العطف على ما هو ظاهر فيترجح ادعاء ما مر عن الشلبى ، والله تعالى أعلم (قوله وإن عطف حرمت) هو الصحيح . وقال ابن سلمة لاتصير ميتة لأنها لو صارت ميتة يصير الرجل كافرا خانية .

قلت : تمنع الملازمة بأن الكفر أمر باطن والحكم به صعب فيفرق ، كذا فى شرح المقدسى شرنبلالية (قوله أو فلان) فى بعض النسخ أو وفلان بالواو بعد أو وهى أظهر ، والمراد أنه لافرق فى العطف بين تكرار اسم مضاف إلى فلان وعدمه (قوله لأنه أهل به لغير الله) كذا فى الهداية ، لأن الإهلال لله تعالى لايكون إلا بذكر اسمه مجردا لاشريك له (قوله لاأذكر فيهما) يؤخذ من المقام أن هذا النهى للتحريم فإنه بذكره على الذبيحة تحرم وتصير ميتة على ماتقدم من التفصيل ، وهل الحكم كذلك عند العطاس أو يكون ذكره صلى الله عليه وسلم عنده خلاف الأولى. يحرر اهـ ط (قوله فإن فصل) أى بين التسمية وغيرها ، وقوله صورة ومعنى الذى يظهر لى أن الواو فيه بمعنى أو مانعة الخلو ، فقوله قبل الإضجاع مثال للفصل صورة ومعنى، وكذا قوله أو بعد الذبح، وقوله وقبل التسمية مثال للفصل معنى ، فقط فإنه إذا أضجعها ثم دعا وأعقب الدعاء بالتسمية والذبح لم يحصل الفصل صورة أى حسا بل معنى : أى تقديرا لأن الواجب تجريد التسمية وقد حصل ، بخلاف ماإذا دعا بعد التسمية

لابأس به) لعدم القران أصلا .

(والشرط فى التسمية هو الذكر الخالص عن شوب الدعاء) وغيره (فلا يحل بقوله اللهم اغفر لى) لأنه دعاء وسؤال (بخلاف الحمد لله ، أو سبحان الله مريدا به التسمية) فإنه يحل .

(ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل فى الأصح) لعدم قصـد التسمية (بخلاف الخطبة) حيث يجزئه .

قلت : ينبغى حمله على ما إذا نوى وإلا لا ليوفق بينه وبين ما مر فى الجمعة فتأمل .

(والمستحب أن يقول بسم الله أكبر بلا واو ، وكره بها) لأنه يقطع فورالتسمية كما عزاه الزيلعى للحلوانى وقال قبله : والمتداول المنقول عن النبى صلى الله عليه وسلم بالواو .

قبل الذبح نحو بسم الله اللهم تقبل منى أو اغفر لى فإنه يكره لأنه لم يجرد التسمية كما نقله فى الشرنبلالية عن الذخيرة وغيرها تأمل (قوله لابأس به) أى لايكره ، لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال بعد الذبح « اللهم تقبل هذا عن أمة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولى بالبلاغ » وكان عليه الصلاة والسلام إذا أراد أن يذبح قال « اللهم هذا منك ولك ، إن صلاتى ونسكى ومحياى ومماتى لله رب العالمين لاشريك له وبذلك أمرت وأنا من المسلمين بسم الله والله أكبر ثم ذبح » وهكذا روى عن على كرم الله وجهه زيلعى وغيره (قوله والشرط فى التسمية هو الذكر الخالص) بأى اسم كان مقرونا بصفة كالله أكبر أو أجل أو أعظم أولا كالله أو الرحمن وبالتهليل والتسبيح جهل التسمية أولا بالعربية أولا ولو قادرا عليها ، ويشترط كونها من الذابح لامن غيره هندية ، وباقى شروطها يعلم مما يأتى ، وينبغى أن يزاد فى الشروط أن لايقصد معها تعظيم مخلوق ، لما سيأتى أنه لو ذبح لقدوم أمير ونحوه يحرم ولو سمى تأمل (قوله عن شوب) أى خلط (قوله مريدا به التسمية) قيد به لما فى غاية البيان : لو لم يرد به التسمية لايؤكل . قال شيخ الإسلام فى شرحه : لأن هـذه الألفاظ ليست بصريح فى باب التسمية إنما الصريح بسم الله فتكون كناية والكناية إنما تقوم مقام الصريح بالنية كما فى كنايات الطلاق (قوله لعدم قصد التسمية) يريد به أنه قصد به التحميد للعطاس ، إذ لو أراده للذبيحة حلت ، وكذا لو لم تكن له نية شرنبلالية .

أقول : وفى الأخير نظر لما علمت آنفا أنه كناية ، بخلاف قوله بسم الله فإنه يصح ولو لم تحضره نية كما يأتى لأنه صريح فتنبه (قوله قلت ينبغى حمله على ما إذا نوى) أى نوى به التحميد للخطبة ، وفيه أنه حينئذ لافرق بينهما لما علمت أنه فى الذبح لابد من النية له أيضا .

وفى الخانية مانصه : ولو عطس فقال الحمد لله يريد التحميد على العطاس فذبح لايحل ، بخلاف الخطيب إذا عطس على المنبر فقال الحمد لله فإنه تجوز به الجمعة فى إحدى الروايتين عن أبى حنيفة ، لأن المأمور به فى الجمعة ذكر الله تعالى مطلقا ، وههنا الشرط ذكر اسم الله تعالى على الذبح اه ومثله فى النهاية والمعراج ، فقوله فى إحدى الروايتين يظهر منه التوفيق بحمل مامر فى الجمعة على الرواية الأخرى وهى الأصح : وعبارة المصنف هناك : فلو حمد الله تعالى لعطاسه لم ينب عنها على المذهب اه فافهم (قوله والمستحب أن يقول بسم الله) بإظهار الهاء ، فإن لم يظهرها إن قصد ذكر الله يحل ، وإن لم يقصد وقصد ترك الهاء لايحل إتقانى عن الخلاصة (قوله لأنه يقطع فور التسمية) قال الإتقانى : وفيه نظر اه . ووجهه يظهر مما يأتى قريبا فيما يقطع الفور ، والظاهر أن المراد كمال الفورية وإلا لزم أن تكون الذبيحة ميتة ، وأن يكون الفصل حراما لامكروها لكن فيه أنه لو اقتصر على قوله الله أكبر قاصدا به التسمية يكفى تأمل (قوله وقال قبله الخ) ونصه : وما تداولته الألسن عند الذبح وهو بسم الله

(ولو سمى ولم تحضره النية صح ، بخلاف مالو قصد بها التبرك فى ابتداء الفعل) أو نوى بها أمرا آخر فإنه لايصح فلا تحل (كما لو قال الله أكبر وأراد به متابعة المؤذن فإنه لا يصير شارعا فى الصلاة) بزازية وفيها (وتشترط) التسمية من الذابح (حال الذبح) أو الرمى لصيد أو الإرسال أو حال وضع الحديد لحمار الوحش إذا لم يقعد عن طلبه كما سيجىء ؛

(والمعتبر الذبح عقب التسمية قبل تبدل المجلس) حتى لو أضجع شاتين إحداهما فوق الأخرى فذبحهما ذبحة واحدة بتسمية واحدة حلا ، بخلاف ما لو ذبحهما على التعاقب لأن الفعل يتعدد فتتعدد التسمية ذكره الزيلعى فى الصيد ، ولو سمى الذابح ثم اشتغل بأكل أو شرب ثم ذبح ، إن طال وقطع الفور حرم وإلا لا ، وحد الطول ما يستكثره الناظر ، وإذا حد الشفرة ينقطع الفور بزازية ؛

والله أكبر منقول عن النبى صلى الله عليه وسلم ، وعن على وابن عباس مثله قاله ابن عباس فى تفسير قوله تعالى — فاذكروا اسم الله عليها صواف — اه ونقل فى الذخيرة عن البقال أنه المستحب ؛ وفى الجوهرة : وإن قال بسم الله الرحمن الرحيم فهو حسن (قوله ولو سمى) أى قال بسم الله كما عبر فى الخانية ، لما مر أن الكناية لابد فيها من النية (قوله صح) عند العامة وهو الصحيح خانية (قوله كما لو قال الخ) مرتبط بقوله بخلاف الخ (قوله من الذابح) أراد بالذابح محلل الحيوان ليشمل الرامى والمرسل وواضع الحديد اه ح . واحترز به عما لو سمى له غيره فلا تحل كما قدمناه وشمل ما إذا كان الذابح اثنين ، فلو سمى أحدهما وترك الثانى عمدا حرم أكله كما فى التاترخانية ، وسيذكره لغزا مع جوابه لظما فى آخر الأضحية (قوله حال الذبح الخ) قال فى الهداية : ثم التسمية فى ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح ، وهى على المذبوح وفى الصيد تشترط عند الإرسال والرمى ، وهى على الآلة حتى إذا أضجع شاة وسمى وذبح غيرها بتلك التسمية لايجوز ، ولو رمى إلى صيد وسمى وأصاب غيره حل ، وكذا فى الإرسال ، ولو أضجع شاة وسمى ثم رمى بالشفرة وذبح بأخرى أكل ، وإن سمى على سهم ثم رمى بغيره صيدا لايؤكل اه (قوله إذا لم يقعد عن طلبه) قيد فى المسائل الثلاث اه ح ؛

فإن قلت : ذكروا أنه إذا وضع منجلا ليصيد به حمار الوحش ثم وجد الحمار ميتا لايحل ؛ قلت : قال البزازى والتوفيق أنه محمول على ما إذا قعد عن طلبه وإلا فلا فائدة للتسمية عند الوضع اه منح ؛

أقول : يخالفه ماذكره الزيلعى فى مسائل شتى قبيل الفرائض من أنه لايؤكل ولو وجده ميتا من ساعته لأن الشرط أن يجرحه إنسان أو يذبحه وبدون ذلك هو كالنطيحة أو المتردية وبه جزم الشارح هناك إلا أن يقال إن كلام الزيلعى مخالف لكلام الكنز وغيره حيث قال : فجاء فى اليوم الثانى فوجده مجروحا ميتا لم يؤكل ، فهذا يؤيد توفيق البزازى وإن قال الزيلعى إن تقييده باليوم الثانى وقع اتفاقا ، ولعل مراد الزيلعى لايحل إذا قدر على الذكاة الاختيارية وإلا فجرح الإنسان مباشرة ليس شرطا فى الذكاة الاضطرارية فليتأمل (قوله كما سيجىء) أى فى مسائل شتى آخر الكتاب وعلمت مخالفته لما هنا (قوله قبل تبدل المجلس) أى حقيقة أو حكما كالفاصل الطويل كما يأتى فافهم ؛ قال الزيلعى : حتى إذا سمى واشتغل بعمل آخر من كلام قليل أو شرب ماء أو أكل لقمة أو تحديد شفرة ثم ذبح يحل ، وإن كان كثيرا لايحل لأن إيقاع الذبح متصلا بالتسمية بحيث لايتخلل بينهما شىء لايمكن إلا بحرج عظيم فأقيم المجلس مقام الاتصال ، والعمل القليل لايقطعه والكثير يقطع اه (قوله لأن الفعل يتعدد) فيتبدل به المجلس حكما (قوله وإذا حد الشفرة ينقطع الفور) مخالف لما قدمناه آنفا عن الزيلعى ؛ ويمكن أن يقيد بما إذا كثر يدل عليه سياق كلام الزيلعى ، وقوله فى الجوهرة أو شحذ السكين قليلا أجزأه ، لكن قال فى التاترخانية :

(وحب) بالحاء (نحر الإبل) فى سفل العنق (وكره ذبحها ، والحكم فى غنم وبقر عكسه) فندب ذبحها (وكره نحرها لترك السنة) ومنعه مالك (ولابد من ذبح صيد مستأنس) لأن زكاة الاضطرار إنما يصار إليها عند العجز عن ذكاة الاختيار (وكفى جرح نعم) كبقر وغنم (توحش) فيجرح كصيد (أو تعذر ذبحه) كأن تردى فى بئر أو ندّ أو صال ، حتى لو قتله المصول عليه مريدا ذكاته حل .

وفى النهاية : بقرة تعسرت ولادتها فأدخل ربها يده وذبح الولد حل ، وإن جرحه فى غير محل الذبح ، إن لم يقدر على ذبحه حل وإن قدر لا .

قلت : ونقل المصنف أن من التعذر ما لو أدرك صيده حيا أو أشرف ثوره على الهلاك وضاق الوقت على الذبح أو لم يجد آلة الذبح فجرحه حل فى رواية .

وفى أضاحى الزعفرانى إذا حدد الشفرة تنقطع التسمية من غير فصل بين ما إذا قل أو كثر اه فليتأمل . وفى القاموس شحذ السكين كمنع أحدها كأشحذها . وفيه أيضا : حد السكين وأحدها وحددها مسحها بحجر أو مبرد (قوله وحب) مبنى للمجهول بناء على أن حب متعد وهى لغة اه ح ، وعبر به تبعا لقول الهداية : والمستحب : وقد قال فى الكنز : وسن ، ولعله مراد صاحب الهداية لا المستحب الاصطلاحى ، يؤيده قوله : أما الاستحباب فلموافقة السنة المتوارثة اه فلا مخالفة شرنبلالية .

قلت : ويؤيده أيضا تصريحه بكراهة تركه (قوله نحر الإبل) النحر : قطع العروق فى أسفل العنق عند الصدر ، والذبح : قطعها فى أعلاه تحت اللحيين زيلعى .

واعلم أن النعام والإوز كالإبل ينحر ، والضابط كل ماله عنق طويل أبو السعود عن شرح الكنز للإبيارى . وفى المضمرات : السنة أن ينحر البعير قائما ، وتذبح الشاة أو البقرة مضجعة قهستانى (قوله وكره الخ) ينبغى أن تكون كراهة تنزيه أبو السعود عن الديرى (قوله ومنعه مالك) المشهور من مذهبه أنه إن كان للضرورة فلا بأس بأكله وإلا كره أكله أبو السعود عن الديرى (قوله وكفى جرح نعم الخ) النعم بفتحتين وقد يسكن قهستانى . قال فى الهداية : أطلق فيما توحش من النعم . وعن محمد أن الشاة إذا ندت فى الصحراء فذكاتها العقر ، وإن ندت فى المصر لاتحل بالعقر لأنها لاتدفع عن نفسها فيمكن أخذها فى المصر فلا عجز ، والمصر وغيره سواء فى البقر والبعير لأنهما يدفعان عن أنفسهما فلا يقدر على أخذهما وإن ندا فى المصر اه . وبهذا التفصيل جزم فى الجوهرة والدرر ، وهو مقتضى التعليل فى ذكاة الاضطرار (قوله توحش) أى صار وحشيا ومتنفرا ولم يمكن ذبحه قهستانى (قوله فيجرح كصيد) فإن أصاب قرنه أو ظلفه ، إن أدمى حل وإلا فلا إتقانى (قوله أو تعذر ذبحه) أعم مما قبله وفى الشرنبلالية عن منية المفتى : بعير أو ثور ند فى المصر ، إن علم صاحبه أنه لايقدر على أخذه إلا أن يجتمع جماعة كثيرة فله أن يرميه اه فلم يشترط التعذر بل التعسر اه (قوله كأن تردى فى بئر) أى سقط وعلم موته بالجرح أو أشكل ، لأن الظاهر أن الموت منه ، وإن علم أنه لم يمت من الجرح لم يؤكل ، وكذا الدجاجة إذا تعلقت على شجرة وخيف فوتها فذكاتها الجرح زيلعى (قوله أو ند) أى نفر (قوله مريدا ذكاته) أى بأن سمى عند جرحه ، أما إذا لم يردها ولم يسم بل أراد ضربه لدفعه عن نفسه فلا شبهة فى عدم حله فافهم (قوله حل) أى إذا كان لايقدر على أخذه وضمن قيمته إتقانى (قوله وفى النهاية الخ) هذا يفيد أن قولهم إنما تعتبر حياة الولد بعد خروج أكثره مخصوص بالآدمى لأنه لو لم يعتبر الولد فى بطن أمه حيا لم تعتبر ذكاته وليحرر اه رحمتى (قوله وذبح الولد) أى بعد العلم بحياته تأمل (قوله حل فى رواية) الأولى أن يقول فى قول لأنه نقله المصنف عن القنية معزوا إلى بعض

وفى منظومة النسفى قوله :

إن الجنينَ مفرد بحكمه   لم يتذك بذكاة أمه

فحذف المصنف إن وقالا إن تم خلقه أكل لقوله عليه الصلاة والسلام « ذكاة الجنين ذكاة أمه » وحمله الإمام على التشبيه أى كذكاة أمه ، بدليل أنه روى بالنصب ، وليس فى ذبح الأم إضاعة الولد لعدم التيقن بموته :

(ولا يحل ذو ناب يصيد بنابه) فخرج نحو البعير (أو مخلب يصيد بمخلبه) أى ظفره فخرج نحو الحمامة (من سبع) بيان لذى ناب : والسبع : كل مختطف منتهب جارح قاتل عادة (أو طير) بيان لذى مخلب (ولا الحشرات) هى صغار دواب الأرض واحدها حشرة (والحمر الأهلية) بخلاف الوحشية فإنها ولبنها حلال (والبغل) الذى أمه حمارة ، فلو أمه بقرة أكل اتفاقا ولو فرسا فكأمه

المشايخ : وقال البعض الآخر : لايحل أكله إلا إذا قطع العروق أفاده ط (قوله وفى منظومة النسفى) خبر مقدم ولفظة قوله مبتدأ مؤخر : أى قول النسفى ومابعده مقول القول ، وقوله فحذف المصنف إن أى وأتى بدلها بالواو : وقال فى المنح : ففيه بعض تغيير ، وهذا يفيد أن قوله والجنين الخ من المتن كما هو الموجود فى المنح ، وهو خلاف مارأيته فى عدة نسخ من هذا الشرح فإنه مكتوب بالأسود :

ومعنى البيت أن الجنين وهو الولد فى البطن إن ذكى على حدة حل وإلا لا ، ولا يتبع أمه فى تذكيتها او خرج ميتا فالشطر الثانى مفسر للأول (قوله بدليل أنه روى بالنصب) وعليه فلا إشكال أنه تشبيه ، وإن كان مرفوعا فكذلك لأنه أقوى فى التشبيه من الأول كما عرف فى علم البيان ، قيل ومما يدل على ذلك تقديم ذكاة الجنين كما فى قوله :

وعيناك عيناها وجيدك جيدها   سوى أن عظم الساق منك دقيق عناية

(قوله وليس فى ذبح الأم الخ) جواب عما يقال إنه لو لم يحل بذبح أمه لما حل ذبحها حاملا لإتلاف الحيوان وتقرير الجواب ظاهر ، لكن فى الكفاية إن تقاربت الولادة يكره ذبحها ، وهذا الفرع لقول الإمام : وإذا خرج حيا ولم يكن من الوقت مقدار مايقدر على ذبحه فمات يؤكل ، وهو تفريع على قولهما اه (قوله ولا يحل ذوناب الخ) كان الأنسب ذكر هذه المسائل فى كتاب الصيد لأنها منه إلا الفرس والبغل والحمار إتقانى ، والدليل عليه « أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل كل ذى ناب من السباع وكل ذى مخلب من الطير » رواه مسلم وأبو داود وجماعة . والسر فيه أن طبيعة هذه الأشياء مذمومة شرعا فيخشى أن يتولد من لحمها شىء من طباعها فيحرم إكراما لبنى آدم ، كما أنه يحل ما أحل إكراما له ط عن الحموى . وفى الكفاية : والمؤثر فى الحرمة الإيذاء وهو طورا يكون بالناب وتارة يكون بالمخلب أو الخبث ، وهو قد يكون خلقة كما فى الحشرات والهوام ، وقد يكون بعارض كما فى الجلالة (قوله أو مخلب) مفعل من الخلب : وهو مزق الجلد زيلعى ، وهو ظفر كل سبع من الماشى والطائر كما فى القاموس قهستانى (قوله من سبع) بفتحتين وسكون الباء وضمها : هو حيوان منتهب من الأرض مختطف من الهواء جارح قاتل عادة فيكون شاملا لسباع البهائم والطير فلا حاجة إلى قوله أو طير ، ولعله ذكره لموافقة الحديث قهستانى (قوله واحدها حشرة) بالتحريك فيهما : كالفأرة والوزغة وسام أبرص والقنفذ والحية والضفدع والزنبور والبرغوث والقمل والذباب والبعوض والقراد ، وما قيل إن الحشرات هوام الأرض كاليربوع وغيره ، ففيه أن الهامة ماتقتل من ذوات السم كالعقارب قهستانى (قوله والحمر الأهلية) ولو توحشت تاترخانية (قوله بخلاف الوحشية) وإن صارت أهلية ووضع عليها الإكاف قهستانى (قوله الذى أمه حمارة) الحمارة بالهاء الأتان قاموس : وقال فى باب النون : الأتان الحمارة فافهم (قوله فكأمه) فيكون على الخلاف الآتى فى الخيل

(والخيل) وعندهما ، والشافعي تحل : وقيل إن أبا حنيفة رجع عن حرمته قبل موته بثلاثة أيام وعليه الفتوى عمادية ولابأس بلبنها على الأوجه (والضبع والثعلب) لأن لهما نابا ، وعند الثلاثة يحل (والسلحفاة) برية وبحرية (والغراب الأبقع) الذى يأكل الجيف لأنه ملحق بالخبائث قاله المصنف . ثم قال : والخبيث ما تستخبثه الطباع السليمة

لأن المعتبر فى الحل والحرمة الأم فيما تولد من مأكول وغير مأكول ط ،ويأتى تمام الكلام فيه آخر الباب (قوله والخيل) كذا قال ابن كمال باشا عطفا على قوله لايحل ذو ناب ، ومثله فى الاختيار ، وعبارة القدورى والهداية : ويكره أكل لحم الفرس عند أبى حنيفة اهـ. والمكروه تحريما يطلق عليه عدم الحل شرنبلالية ، فأفاد أن التحريم ليس لنجاسة لحمها ولهذا أجاب فى غاية البيان عما هو ظاهر الرواية من طهارة سؤر الفرس بأن حرمة الأكل للاحترام من حيث إنه يقع به إرهاب العدو لا للنجاسة فلا يوجب نجاسة السؤر كما فى الآدمى اهـ (قوله وعليه الفتوى) فهو مكروه كراهة تنزيه ، وهو ظاهر الرواية كما فى كفاية البيهقى وهو الصحيح على ماذكره فخر الإسلام وغيره قهستانى : ثم نقل تصحيح كراهة التحريم عن الخلاصة والهداية والمحيط والمغنى وقاضيخان والعمادى وغيرهم وعليه المتون ، وأفاد أبو السعود أنه على الأول لاخلاف بين الإمام وصاحبيه لأنهما وإن قالا بالحل لكن مع كراهة التنزيه كما صرح به فى الشرنبلالية عن البرهان . قال ط : والخلاف فى خيل البر ، أما خيل البحر فلا تؤكل اتفاقا (قوله ولا بأس بلبنها على الأوجه) نقل فى غاية البيان عن قاضيخان أن عامة المشايخ قالوا : إنه مكروه كراهة تحريم عنده إلا أنه لايحد به وإن زال عقله كالبنج . وفى الهداية : وأما لبنه فقد قيل لابأس به لأنه ليس فى شربه تقليل آلة الجهاد ، وسماه فى كتاب الحدود مباحا فقال : السكر من المباح لايوجب الحد كالبنج ولبن الرماك .

قال المصنف فى منحه : قلت هذا هو الذى يظهر وجهه كما لايخفى . وفى البزازية أنه اختاره الوانجانى ، فقول الشارح على الأوجه مأخوذ من كلام المصنف ، وهذا كله بناء على القول بكراهة الأكل تحريما تأمل (قوله والضبع) بضم الباء وسكونها قهستانى اسم للأنثى ويقال للذكر ضبعان بكسر فسكون . ومن عجيب أمره أنه يحيض ويكون ذكرا سنة وأنثى أخرى أبو السعود عن الإبيارى (قوله لأن لهما نابا) أى يصيدان به فيدخلان تحت الحديث المار كما فى الهداية ، وما روى مما يدل على إباحتهما فمحمول على ماقبل التحريم ، فإن الأصل متى تعارض نصان غلب المحرم على المبيح كما يذكره الشارح فى الضب (قوله والسلحفاة) بضم السين وفتح اللام وبمهملة ساكنة رملى عن شرح الروض ، وضبطها غيره بكسر السين وهو كذلك فى القاموس (قوله والغراب الأبقع) أى الذى فيه بياض وسواد قهستانى .

قال فى العناية : وأما الغراب الأبقع والأسود فهو أنواع ثلاثة : نوع يلتقط الحب ولا يأكل الجيف وليس بمكروه . ونوع لايأكل إلا الجيف وهو الذى سماه المصنف الأبقع وإنه مكروه . ونوع يخلط يأكل الحب مرة والجيف أخرى ولم يذكره فى الكتاب ، وهو غير مكروه عنده مكروه عند أبى يوسف اهـ والأخير هو العقعق كما فى المنح وسيأتى (قوله والخبيث الخ) قال فى معراج الدراية : أجمع العلماء على أن المستخبثات حرام بالنص وهو قوله تعالى — ويحرم عليهم الخبائث — وما استطابه العرب حلال لقوله تعالى — ويحل لهم الطيبات — وما استخبثه العرب فهو حرام بالنص ، والذين يعتبر استطابتهم أهل الحجاز من أهل الأمصار ، لأن الكتاب نزل عليهم وخوطبوا به ، ولم يعتبر أهل البوادى لأنهم للضرورة والمجاعة يأكلون مايجدون ، وما وجد فى أمصار المسلمين مما لايعرفه أهل الحجاز رد إلى أقرب ما يشبهه فى الحجاز ، فإن كان مما يشبه شيئا منها فهو مباح لدخوله

(والغداف) بوزن غراب : النسر جمعه غدفان قاموس (والفيل) والضب ، وما روى من أكله محمول على الابتداء (واليربوع وابن عرس والرخمة والبغاث) هو طائر دنيء الهمة يشبه الرخمة وكلها من سباع البهائم ؛ وقيل الخفاش لأنه ذو ناب :

(ولا) يحل (حيوان مائي إلا السمك) الذى مات بآفة ولو متولدا فى ماء نجس

تحت قوله تعالى — قل لا أجد — الآية ، ولقوله عليه الصلاة والسلام « ماسكت الله عنه فهو مما عفا الله عنه » اهـ (قوله قاموس) نص عبارته : الغداف كغراب غراب القيظ ، والنسر الكثير الريش جمعه غدفان اهـ: وقال مسكين : إنه العقعق ، ولما كان الأصح فى العقعق أنه لا بأس بأكله اقتصر الشارح على المعنى الثانى فافهم ، نعم اقتصر الإتقانى على الأول فقال : وكذا الغداف لا يؤكل ، وهو غراب القيظ الكبير من الغربان وافى الجناحين اهـ وهذا يفيد أن العقعق غيره كما يعلم مما سنذكره تأمل . والقيظ : الحر ، سمى به لأنه يجيء فى زمن الحر (قوله على الابتداء) أى ابتداء الإسلام قبل نزول قوله تعالى — ويحرم عليهم الخبائث — للأصل المار (قوله واليربوع) بوزن يفعول : دويبة نحو الفأرة لكن ذنبه وأذناه أطول منها ورجلاه أطول من يده عكس الزرافة والجمع يرابيع ، والعامة تقول جربوع بالجيم أبو السعود (قوله وابن عرس) دويبة أشعر أصلم أصك جمعه بنات عرس هكذا يجمع الذكر والأنثى قاموس (قوله والرخمة) بفتحتين : طائر أبقع يشبه النسر خلقة ، ويسمى آكل العظم غرر الأفكار (قوله والبغاث) بالغين المعجمة وتثليث الباء رملى (قوله وكلها من سباع البهائم) ثم أراد بها مايشمل الطير . وفى القاموس : البهيمة كل ذات أربع قوائم ولو فى الماء وكل حى لا يميز (قوله وقيل الخفاش) أى كذلك لا يحل فهو مبتدأ حذف خبره والقائل قاضيخان : قال الإتقانى : وفيه نظر ، لأن كل ذى ناب ليس بمنهى عنه إذا كان لا يصطاد بنابه اهـ : وفى القاموس : الخفاش كرمان الوطواط سمى لصغر عينيه وضعف بصره :

[تتمة] قال فى غرر الأفكار : عندنا يؤكل الخطاف والبوم ، ويكره الصرد والهدهد ، وفى الخفاش اختلاف : وأما الدبسى والصلصل والعقعق واللقلق واللحام فلا يستحب أكلها وإن كانت فى الأصل حلالا لتعارف الناس بإصابة آفة لآكلها فينبغى أن يتحرز عنه . وحرم الشافعى الخطاف والببغاء والطاوس والهدهد اهـ ولا يؤكل السنور الأهلى والوحشى والسمور والسنجاب والفنك والداق كما فى القهستانى ، وكل ما لادم له فهو مكروه أكله إلا الجراد كالزنبور والذباب إتقانى. ولا بأس بدود الزنبور قبل أن ينفخ فيه الروح لأن مالاروح له لا يسمى ميتة خانية وغيرها : قال ط : ويؤخذ منه أن أكل الجبن أو الخل أو الثمار كالنبق بدوده لا يجوز إن نفخ فيه الروح اهـ (قوله ولو متولدا فى ماء نجس) فلا بأس بأكلها للحال لحله بالنص وكونه يتغذى بالنجاسة لا يمنع حله ، وأشار بهذا إلى الإبل والبقر الجلالة والدجاجة ، وهى من المسائل التى توقف فيها الإمام فقال لا أدرى متى يطيب أكلها :

وفى التجنيس : إذا كان علفها نجاسة تحبس الدجاجة ثلاثة أيام ، والشاة أربعة ، والإبل والبقر عشرة ، وهو المختار على الظاهر . وقال السرخسى : الأصح عدم التقدير وتحبس حتى تزول الرائحة المنتنة . وفى الملتقى : المكروه الجلالة التى إذا قربت وجد منها رائحة فلا تؤكل ولا يشرب لبنها ولا يعمل عليها ، ويكره بيعها وهبتها وتلك حالها : وذكر البقالى أن عرقها نجس . وفى مختصر المحيط : ولا تكره الدجاجة المخلاة وإن أكلت النجاسة اهـ يعنى إذا لم تنتن بها لما تقدم لأنها تخلط ولا يتغير لحمها وحبسها أياما تنزيه شرنبلالى على الوهبانية ، وبه يحصل

ولو طافية مجروحة وهبانية (غير الطافى) على وجه الماء الذى مات حتف أنفه وهو مابطنه من فوق ، فلو ظهره من فوق فليس بطاف فيؤكل كما يؤكل مافى بطن الطافى ، وما مات بحر الماء أو برده وبربطه فيه أو إلقاء شيء فموته بآفة وهبانية (و) إلا (الجرّيث) سمك أسود (والمارماهى) سمك فى صورة الحية ، وأفردهما بالذكر للخفاء وخلاف محمد :

(وحل الجراد) وإن مات حتف أنفه ، بخلاف السمك (وأنواع السمك بلا ذكاة) لحديث « أحلت لنا ميتتان : السمك والجراد ، ودمان : الكبد والطحال » بكسر الطاء (و) حل (غراب الزرع) الذى يأكل

الجواب عن قوله فى حاشية الدرر ، وينظر الفرق بين السمكة وبين الجلالة اه بأن تحمل السمكة على ما إذا لم تنتن ويراد بالجلالة المنتنة تأمل (قوله ولو طافية مجروحة وهبانية) لم يوجد ذلك فى الوهبانية ولا فى شرحها ، وإنما قال العلامة عبد البر : الأصل فى إباحة السمك أن مامات بآفة يؤكل ، وما مات بغير آفة لا يؤكل ط ، نعم صرح بالمسألة فى الأشباه فكان المناسب العزو إليها (قوله غير الطافى) اسم فاعل كالسامى . فى القاموس : طفا فوق الماء طفوا وطفوا علا (قوله حتف أنفه) الحتف : الموت ، ومات حتف أنفه وحتف فيه قليل وحتف أنفيه من غير قتل(١) ولا ضرب ، وخص الأنف لأنه أراد أن روحه تخرج من أنفه بتتابع نفسه ، أو لأنهم كانوا يتخيلون أن المريض تخرج روحه من أنفه والجريح من جراحته قاموس (قوله كما يؤكل مافى بطن الطافى) لموته بضيق المكان ، وهذا إذا كانت المظروفة صحيحة كما يأتى متنا .

وفى الكفاية : وعن محمد فى سمكة توجد فى بطن الكلب أنه لا بأس به يريد إذا لم تتغير اه . قال ط : ولو وجدت جرادة فى بطن سمكة أو فى بطن جرادة حلت مكى عن البحر الزاخر اه (قوله وما مات بحر الماء أو برده) وهو قول عامة المشايخ ، وهو أظهر وأرفق تجنيس ، وبه يفتى شرنبلالية عن منية المفتى (قوله وبربطه فيه) أى فى الماء لأنه مات بآفة إتقانى ، وكذا إذا مات فى شبكة لا يقدر على التخلص منها كفاية (قوله أو إلقاء شئ) وكان يعلم أنها تموت منه . قال فى المنح : أو أكلت شيئا ألقاه فى الماء لتأكله فماتت منه وذلك معلوم ط (قوله فموته بآفة) أى جميع ماذكر وهو الأصل فى الحل كما مر ، ومنه كما فى الكفاية مالو جمعه فى حظيرة لايستطيع الخروج منها وهو يقدر على أخذه بغير صيد فمات فيها ، لأن ضيق المكان سبب لموته ، فلولا يؤخذ بغير صيد فلا ، وما لو انجمد الماء فبقى بين الجمد . وفى غرر الأفكار : لو وجده ميتا ورأسه خارج الماء يؤكل ، ولو رأسه فى الماء وفى الخارج قدر النصف أو الأقل لا يؤكل وإلا يؤكل (قوله وإلا الجريث) بكسر المعجمة وتشديد المهملة قال فى القاموس كسكيت (قوله سمك أسود) كذا قاله العينى . وقال الوانى : نوع من السمك مدور كالترس أبو السعود (قوله للخفاء) أى الخفاء كونهما من جنس السمك ابن كمال (قوله وخلاف محمد) نقله عنه فى المغرب ، قال فى الدرر وهو ضعيف (قوله لحديث أحلت لنا ميتتان الخ) وهو مشهور مؤيد بالإجماع فيجوز تخصيص الكتاب به وهو قوله تعالى — حرمت عليكم الميتة والدم — على أن حل السمك ثبت بمطلق قوله تعالى — وتأكلون منه لحما طريا — كفاية ، وماعدا أنواع السمك من نحو إنسان الماء وخنزيره خبيث فبقى داخلا تحت التحريم ، وحديث «هو الطهور ماؤه والحل ميتته» المراد منه السمك كآية — أحل لكم صيد البحر — لأن السمك مراد بالإجماع وبه تنتفى المعارضة بين الأدلة ، فإثبات الحل فيما سواه يحتاج إلى دليل ، وتحريم الطافى بحديث أبى داود « وما مات فيه وطفا فلا تأكلوه » إتقانى ملخصا (قوله وحل غراب الزرع) وهو غراب أسود صغير

---

(١) (قوله من غير قتل الخ) الذى فى القاموس : أى على فراشه من غير قتل ولا ضرب ولا غرق ولا حرق وخص الخ اه .

الحب (والأرنب والعقعق) هو غراب يجمع بين أكل جيف وحب ، والأصح حله (معها) أى مع الذكاة :

(وذبح ما لا يؤكل يطهر لحمه وشحمه وجلده) تقدم فى الطهارة ترجيح خلافه (إلا الآدمى والخنزير) كما مر :

(ذبح شاة) مريضة (فتحركت أو خرج الدم حلت وإلا لا إن لم تدر حياته) عند الذبح ، وإن علم حياته (حلت) مطلقا (وإن لم تتحرك ولم يخرج الدم) وهذا يتأتى فى منخنقة ومتردية ونطيحة ، والتى فقر الذئب بطنها فذكاة هذه الأشياء تحلل ، وإن كانت حياتها خفيفة وعليه الفتوى ، لقوله تعالى ـ إلا ما ذكيتم ـ من غير فصل وسيجىء فى الصيد :

يقال له الزاغ ، وقد يكون محمر المنقار والرجلين رملى . قال القهستانى : وأريد به غراب لم يأكل إلا الحب سواء كان أبقع أو أسود أو زاغا ، وتمامه فى الذخيرة اهـ (قوله والعقعق) وزان جعفر : طائر نحو الحمامة طويل الذنب فيه بياض وسواد ، وهو نوع من الغربان يتشاءم به ويعقعق بسوط يشبه العين والقاف ط عن المكى (قوله والأصح حله) الأولى أن يقول على الأصح ، وهو قول الإمام . وقال أبو يوسف : يكره ط (قوله معها) متعلق بقوله وحل الذى قدره الشارح ، قال ط والأولى بها (قوله وذبح مالا يؤكل) يعنى ذكاته لما فى الدرر وبالصيد يطهر لحم غير نجس العين لأنه ذكاة حكما (قوله يطهر لحمه وشحمه وجلده)حتى لو وقع فى الماء القليل لايفسده ، وهل يجوز الانتفاع به فى غير الأكل ؟ قيل لايجوز اعتبارا بالأكل ، وقيل لايجوز كالزيت إذا خالطه ودك الميتة والزيت غالب لايؤكل وينتفع به فى غير الأكل هداية (قوله تقدم فى الطهارة ترجيح خلافه) وهو أن اللحم لايطهر بالذكاة والجلد يطهر بها اهـ ح :

أقول : وهما قولان مصححان ، وبعدم التفصيل جزم فى الهداية والكنز هنا ، نعم التفصيل أصح مايفتى به :

هذا ، وفى الجوهرة : واختلفوا فى الموجب لطهارة ما لايؤكل لحمه هل هو مجرد الذبح أو الذبح مع التسمية؟ والظاهر الثانى وإلا يلزم تطهير ماذبحه المجوس اهـ لكن ذكر صاحب البحر فى كتاب الطهارة أن ذبح المجوسى وتارك التسمية عمدا يوجب الطهارة على الأصح ، وأيده بأنه فى النهاية حكى خلافه بقيل (قوله إلا الآدمى) هذا استثناء من لازم المتن فإنه يؤخذ منه جواز الاستعمال ، فالآدمى وإن طهر لايجوز استعماله كرامة له ، والخنزير لايستعمل وهو باق على نجاسته لأن كل أجزائه نجسة ط (قوله كما مر) أى فى الطهارة (قوله فتحركت) أى بغير نحو مد رجل وفتح عين مما لايدل على الحياة كما يأتى (قوله أو خرج الدم) أى كما يخرج من الحى :

قال فى البزازية : وفى شرح الطحاوى : خروج الدم لايدل على الحياة إلا إذا كان يخرج كما يخرج من الحى عند الإمام ، وهو ظاهر الرواية (قوله حلت) لوجود علامة الحياة (قوله حياته) الأولى حياتها كما عبر فى المنح لكن ذكر الضمير باعتبار المذبوح (قوله حلت مطلقا) يفسره مابعده . قال فى المنح : لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان فلا يحكم بزوال الحياة بالشك (قوله وهذا يتأتى فى منخنقة الخ) أى ومريضة كما يأتى فى كتاب الصيد (قوله والتى فقر الذئب بطنها) الفقر : الحفر ، وثقب الخرز للنظم . وفى بعض النسخ بقر بالباء الموحدة : أى شق (قوله وإن كانت حياتها خفيفة) فى بعض النسخ خفية والأولى أولى ، وذلك بأن يبقى فيها من الحياة بقدر مايبقى فى المذبوح بعد الذبح كما فى البزازية : وفيها : شاة قطع الذئب أوداجها وهى حية لاتذكى لفوات محل الذبح ، ولو انتزع رأسها وهى حية تحل بالذبح بين اللبة واللحيين (قوله وعليه الفتوى)خلافا لهما (قوله من غير فصل)

(ذبح شاة لم تدر حياتها وقت الذبح) ولم تتحرك ولم يخرج الدم (إن فتحت فاها لا تؤكل ، وإن ضمته أكلت ، وإن فتحت عينها لا تؤكل وإن ضمتها أكلت ، وإن مدت رجلها لا تؤكل ، وإن قبضتها أكلت ، وإن نام شعرها لا تؤكل ، وإن قام أكلت) لأن الحيوان يسترخي بالموت ؛ ففتح فم وعين ومد رجل ونوم شعر علامة الموت لأنها استرخاء ومقابلها حركات تختص بالحي فدل على حياته ، وهذا كله إذا لم تعلم الحياة (وإن علمت حياتها) وإن قلت (وقت الذبح أكلت مطلقا) بكل حال زيلعي .

(سمكة في سمكة ، فإن كانت المظروفة صحيحة حلتا) يعني المظروفة ، والظرف لموت المبلوعة بسبب حادث (وإلا) تكن صحيحة (حل الظرف لا المظروف) كما لو خرجت من دبرها لاستحالتها عذرة جوهرة ، وقد غير المصنف عبارة متنه إلى ما سمعته ، ولو وجد فيها درة ملكها حلالا ولو خاتما أو دينارا مضروبا لا وهو لقطة .

(ذبح لقدوم الأمير) ونحوه كواحد من العظماء (يحرم) لأنه أهلّ به لغير الله (ولو) وصلية (ذكر اسم الله تعالى ولو) ذبح (للضيف لا) يحرم لأنه سنة الخليل وإكرام الضيف إكرام الله تعالى: والفارق أنه إن قدمها ليأكل منها كان الذبح لله والمنفعة للضيف أو للوليمة أو للربح ، وإن لم يقدّمها ليأكل منها بل يدفعها لغيره كان

أي تفصيل بين حياة خفيفة وكاملة (قوله ذبح شاة الخ) بيان لعلامات أخر (قوله ولم تتحرك الخ) أي بعد الذبح بحركة اضطرابية كحركة المذبوح وإلا فضم العين وقبض الرجل حركة (قوله وهذا كله الخ) أعاده للدخول على المتن (قوله بكل حال) سواء وجدت تلك العلامات أولا (قوله لاستحالتها عذرة) فلو فرض خروجها غير مستحيلة حلت أيضا ، لأن مناط الحرمة استحالتها لا خروجها من الدبر ، ولذا يحل شعير وجد في سرقين دابة إذا كان صلبا تأمل رحمتي .

قلت : وفي معراج الدراية : لو وجدت سمكة في حوصلة الطائر تؤكل . وعند الشافعي لا تؤكل لأنه كالرجيع ورجيع الطائر عنده نجس ، وقلنا إنما يعتبر رجيعا إذا تغير . وفي السمك الصغار التي تقلى من غير أن يشق جوفه ، فقال أصحابه لا يحل أكله لأن رجيعه نجس ، وعند سائر الأئمة يحل اهـ (قوله وقد غير المصنف عبارة متنه) الذي ذكره المصنف في منحه أنه غير عبارة الفوائد ، وهي : فإن كانت صحيحة حلا وإلا فلا . قال المصنف : ولا يخفى قصورها عن إفادة المطلوب ، ومن ثم غيرتها في المختصر إلى ما سمعته اهـ لكن ذكر المحشي أنه رأى في نسخة متن : فإن كانت المظروفة صحيحة حلت وإلا لا (قوله ملكها حلالا) أي إن كانت في الصدف ، وإن باع الصياد السمكة ملك المشتري اللؤلؤة ، وإن لم تكن في الصدف فهي للصياد وتكون لقطة لأن الظاهر وصولها إليها من يد الناس ولوالجية ملخصا (قوله وهو لقطة) فله أن يصرفه إلى نفسه إن كان محتاجا بعد التعريف لا إن كان غنيا منح ، وقول الأشباه : وكذا إن كان غنيا سبق قلم كما لا يخفى (قوله لا يحرم الخ) قال البزازي : ومن ظن أنه لا يحل لأنه ذبح لإكرام ابن آدم فيكون أهلّ به لغير الله تعالى ، فقد خالف القرآن والحديث والعقل فإنه لا ريب أن القصاب يذبح للربح ، ولو علم أنه بخس لا يذبح فيلزم هذا الجاهل أن لا يأكل ما ذبحه القصاب وما ذبح للولائم والأعراس والعقيقة (قوله والفارق) أي بين ما أهل به لغير الله بسبب تعظيم المخلوق وبين غيره ، وعلى هذا فالذبح عند وضع الجدار أو عروض مرض أو شفاء منه لا شك في حله لأن القصد منه التصدق حموي ، ومثله النذر بقربان معلقا بسلامته من بحر مثلا فيلزمه التصدق به على الفقراء فقط كما في فتاوى الشلبي (قوله وإن لم يقدمها ليأكل منها) هذا مناط الفرق لا لمجرد دفعها لغيره : أي غير من ذبحت لأجله أو غير الذابح فإن الذابح قد يتركها أو يأخذها كلها أو بعضها فافهم .

لتعظيم غير الله فتحرم ، وهل يكفر ؟ قولان بزازية وشرح وهبانية :

قلت : وفى صيد المنية أنه يكره ولايكفر لأنا لا نسيء الظن بالمسلم أنه يتقرب إلى الآدمى بهذا النحر ، ونحوه فى شرح الوهبانية عن الذخيرة ، ونظمه فقال :

وفاعله جمهورهم قال كافر وفضلى وإسمعيلى ليس يكفر

(العضو) يعنى الجزء (المنفصل من الحى) حقيقة وحكما لأنه مطلق فينصرف للكامل كما حققه فى تنوير البصائر :

قلت : لكن ظاهر المتن التعميم بدليل الاستثناء فتأمله (كميتته) كالأذن المقطوعة والسن الساقطة إلا فى حق صاحبه فطاهر وإن كثر أشباه من الطهارة ، وهو المختار كما فى تنوير البصائر (إلا من مذبوح قبل موته فيحل أكله لو من) الحيوان (المأكول) لأن ما بقى من الحياة غير معتبر أصلا بزازية .

قلت : لكن يكره كما مر ، وحررنا فى الطهارة قول الوهبانية :

واعلم أن المدار على القصد عند ابتداء الذبح فلا يلزم أنه لو قدم للضيف غيرها أن لاتحل لأنه حين الذبح لم يقصد تعظيمه بل إكرامه بالأكل منها وإن قدم إليه غيرها ، ويظهر ذلك أيضا فيما لو ضافه أمير فذبح عند قدومه ، فإن قصد التعظيم لاتحل وإن أضافه بها وإن قصد الإكرام تحل وإن أطعمه غيرها تأمل (قوله وهل يكفر) أى فيما بينه وبين الله تعالى ، إذ لايفتى بكفر مسلم أمكن حمل كلامه أو فعله على محمل حسن أو كان فى كفره خلاف (قوله أنه يتقرب إلى الآدمى) أى على وجه العبادة لأنه المكفر وهذا بعيد من حال المسلم ، فالظاهر أنه قصد الدنيا أو القبول عنده باظهار المحبة بذبح فداء عنه ، لكن لما كان فى ذلك تعظيم له لم تكن التسمية مجردة لله تعالى حكما كما لو قال بسم الله واسم فلان حرمت ، ولا ملازمة بين الحرمة والكفر كما قدمناه عن المقدسى فافهم (قوله وفضلى وإسمعيلى) أى قالا ليس بكفر ، والمراد بهما الإمام الفضلى وغير اسمه للضرورة والإمام إسمعيل الزاهد (قوله المنفصل من الحى) أى غير السمك والجراد ، والمراد المنفصل عن اللحم ، فلو كان متعلقا بجلده لايختلف الحكم بخلاف المتعلق باللحم حيث يؤكل كما فى شرح البيرى عن شرح الطحاوى ، وأطلق الحى فشمل الصيد : وذكر الشارح فى كتاب الصيد عن الملتقى أنه لو رمى إلى صيد فقطع عضوا منه ولم يبنه ، فإن احتمل التئامه أكل العضو أيضا وإلا لا (قوله حقيقة وحكما) متعلق بالحى ، وهو احتراز عن الحى بعد الذبح ، فإن المنفصل منه ليس بميتة وإن كان فيه حياة لكونها حياة حكمية اهـ . واحترز به فى صيد الهداية عن المبان من الحى صورة لاحكما بأن يبقى فى المبان منه حياة كحياة المذبوح فيؤكل الكل .

وفى العناية : ولا يؤكل العضو إن أمكن حياته بعد الإبانة ولا يؤكل ، وبه يعلم أنه لو أبان الرأس أكلا لأنه ليس منفصلا من حى حقيقة وحكما بل حقيقة فقط لأنه عند الانفصال ميت حكما ، وسيأتى تمامه فى الصيد إن شاء الله تعالى (قوله لكن ظاهر المتن التعميم) يعنى تعميم الحى فى الحى حقيقة وحكما ، وفى الحى حكما فقط : فيفيد أن المنفصل من المذبوح ميتة لكنه يخرج بالاستثناء الآتى فلا مخالفة فى الحكم بين الوجهين . غايته أن الاستثناء منقطع على الأول متصل على الثانى اهـ (قوله والسن الساقطة) تقدم فى الطهارة أن المذهب طهارة السن اهـ (قوله وإن كثر) أى زاد على وزن الدرهم ، فلو صلى به وهو معه تصح صلاته بخلاف المتصل من غيره ، والمراد بالمنفصل فى جميع مامر ماتحله الحياة كما لايخفى (قوله كما مر) أى فى قوله وقطع الرأس والسلخ قبل أن تبرد اهـ (قوله وحررنا فى الطهارة) أى قبيل التيمم ، والذى حرره هناك أنه لاعبرة لغلبة الشبه لتصريحهم بحل ذنب ولدته

وقد حللا لحم البغال وأمها ... من الخيل قطعا والكراهة تذكر
وإن ينز كلب فوق عنز فجاءها ... نتاج له رأس ككلب فينظر
فإن أكلت لحما فكلب جميعها ... وإن أكلت تبنا فذا الرأس يبتر
ويؤكل باقيها وإن أكلت لذا ... وذا فاضربنها والصياح يخبر
وإن أشكلت فاذبح فإن كرشها بدا ... فعنز وإلا فهو كلب فيطمر
وفي معاياتها: وأى شياه دون ذبح يحلها ... ومن ذا الذى ضحى ولادم ينهر

كتاب الأضحية

من ذكر الخاص بعد العام (هى) لغة اسم لما يذبح أيام الأضحى ،

شاة اعتبارا للأم اه ح (قوله وأمها من الخيل) جملة حالية ، فلو أمها أتان لاتؤكل اتفاقا (قوله والكراهة تذكر) أى عندهما ، وهو أحد قولين حكاهما فى الذخيرة . وفهم الطرسوسى أن الكراهة تنزيهية ، ونازعه الناظم بأن محمدا نص على أن كل مكروه حرام : وعندهما إلى الحل أقرب . ورجح ابن الشحنة الأول بمسألة الشاة إذا نزا عليها ذئب فإنه يحل بلا كراهة . قال : لكن فى البزازية قال والبغل لايؤكل ولم يفصل ، وما سيأتى من التعويل على الشبه يقتضى الحرمة لأن البغل أشبه بالحمار من الفرس اه .

أقول : الظاهر الأول ، لما مر أن كراهة الفرس عندهما تنزيهية فكذا ولدها وأنه لاعبرة بالشبه تأمل (قوله وإن ينز الخ) يقال نزا الفحل إذا وثب على الأنثى فواقعها والنتاج بالكسر اسم يشمل وضع البهائم من الغنم وغيرها شارح (قوله فإن أكلت الخ) تفصيل لقوله فينظر . وتبنا بتقديم التاء الفوقية ويجوز أن يكون نبتا بتأخيرها وتقديم النون . والبتر القطع : أى يقطع الرأس ويرمى ويأكل الباقى (قوله والصياح يخبر) أى فإن نبح لايؤكل ، وإن ثغا يرمى رأسه ويؤكل الباقى (قوله وإن أشكلت) بأن نبح كالكلب وثغا كالعنز (قوله فعنز) أى فيؤكل ماسوى رأسه (قوله وإلا) بأن خرج له أمعاء بلا كرش . والطمر : الدفن فى الأرض . هذا وظاهر كلامه أن اعتبار هذه الأمور على هذا الترتيب فبعد وضوح علامة الأكل لايعتبر الصياح مطلقا ، وبعد وضوح علامة الصياح لايعتبر مافى الجوف مطلقا ، وعليه فإذا أكل لحما وثغا أو ظهر له كرش لايؤكل ، وإذا أكل تبنا ونبح أو ظهر له أمعاء يؤكل تأمل (قوله وأى شياه الخ) هى التى ندت خارج المصر تحل بالجرح ، وقد مر قبيل الذبائح (قوله ومن ذا الذى ضحى الخ) جوابه : رجل أقام فى بيته إلى وقت الضحى فقد ضحى بلا دم .

[تتمة] ما يحرم أكله من أجزاء الحيوان المأكول سبعة : الدم المسفوح والذكر والأنثيان والقبل والغدة والمثانة والمرارة بدائع ، وسيأتى تمامه إن شاء الله تعالى آخر الكتاب ، والله تعالى أعلم .

كتاب الأضحية

أفعولة أصله أضحوية اجتمعت الواو والياء وسبقت إحداهما بالسكون فقلبت الواو ياء وأدغمت الياء فى الياء وكسرت الحاء لثبات الياء وتجمع على أضاحى بتشديد الياء عناية . ونقل فى الشرنبلالية أن فيها ثمانى لغات أضحية بضم الهمزة وكسرها مع تشديد الياء وتخفيفها وضحية بلاهمزة بفتح الضاد وكسرها وأضحاة بفتح الهمزة وكسرها (قوله من ذكر الخاص بعد العام) فيه بيان المناسبة مع وجه التعقيب كما قال فى العناية . أوردها عقب الذبائح لأن التضحية ذبح خاص والخاص بعد العام اه : بيانه أن العام جزء من الخاص ، فالحيوان مثلا جزء من ماهية

من تسمية الشيء باسم وقته . وشرعا (ذبح حيوان مخصوص بنية القربة فى وقت مخصوص . وشرائطها : الإسلام والإقامة واليسار الذى يتعلق به) وجوب (صدقة الفطر) كما مر (لا الذكورة فتجب على الأنثى) خانية (وسببها الوقت) وهو أيام النحر

الإنسان لأنه حيوان ناطق والجزء مقدم طبعا فقدم وضعا (قوله من تسمية الشيء باسم وقته) يعني باسم مأخوذ من اسم وقت ذبحه فافهم .

وفى المغرب : يقال ضحى ، إذا ذبح الأضحية وقت الضحى هذا أصله ، ثم كسر حتى قيل ضحى في أى وقت كان من أيام التشريق ولو آخر النهار اه . وقيل منسوبة إلى أضحى (قوله وشرعا ذبح حيوان) كذا فى العناية، والذى فى الدرر أنها اسم لحيوان مخصوص ، وكذا قال ابن الكمال : هى ما يذبح ، وكتب فى هامشه أن من قال ذبح حيوان فكأنه لم يفرق بين الأضحية والتضحية اه وقد خطر لى قبل رؤيته (قوله مخصوص) أى نوعا وسنا (قوله بنية القربة) أى المعهودة وهى التضحية . قال فى البدائع : فلا تجزئ التضحية بدونها لأن الذبح قد يكون للحم وقد يكون للقربة ، والفعل لا يقع قربة بدون النية ، وللقربة جهات من المتعة والقران والإحصار وغيره فلا تتعين الأضحية إلا بنيتها ، ولا يشترط أن يقول بلسانه ما نوى بقلبه كما فى الصلاة اه . وفى البزازية : لو ذبح المشتراة لها بلا نية الأضحية جازت اكتفاء بالنية عند الشراء اه .

أقول : فيه مخالفة لما ذكره فى البدائع أيضا أن من الشروط مقارنة النية للتضحية كما فى الصلاة لأنها هى المعتبرة ، فلا يسقط اعتبار القران إلا للضرورة كما فى الصوم لتعذر قرانها بوقت الشروع اه وبالأول جزم فى القاعدة الأولى من الأشباه تأمل (قوله وشرائطها) أى شرائط وجوبها ، ولم يذكر الحرية صريحا لعلمها من قوله واليسار ، ولا العقل والبلوغ لما فيهما من الخلاف كما يأتى ، والمعتبر وجود هذه الشرائط آخر الوقت وإن لم تكن فى أوله كما سيأتى (قوله والإقامة) فالمسافر لا تجب عليه وإن تطوع بها أجزأته عنها وهذا إذا سافر قبل الشراء ، فإن المشترى شاة لها ثم سافر ففى المنتقى أنه يبيعها ولا يضحى بها أى لا يجب عليه ذلك ، وكذا روى عن محمد . ومن المشايخ من فصل فقال : إن كان موسرا لا يجب عليه وإلا ينبغى أن يجب عليه ولا تسقط بسفره ، وإن سافر بعد دخول الوقت قالوا ينبغى أن يكون الجواب كذلك اه ط عن الهندية ومثله فى البدائع (قوله واليسار الخ) بأن ملك مائتى درهم أو عرضا يساويها غير مسكنه وثياب اللبس أو متاع يحتاجه إلى أن يذبح الأضحية ولو له عقار يستغله فقيل تلزم لو قيمته نصابا ، وقيل لو يدخل منه قوت سنة تلزم ، وقيل قوت شهر ، فمتى فضل نصاب تلزمه . ولو العقار وقفا ، فإن وجب له فى أيامها نصاب تلزم ، وصاحب الثياب الأربعة لو ساوى الرابع نصابا غنى وثلاثة فلا ، لأن أحدها للبذلة والآخر للمهنة والثالث للجمع والوفد والأعياد ، والمرأة موسرة بالمعجل لو الزوج مليا وبالمؤجل لا ، وبدار تسكنها مع الزوج إن قدر على الإسكان . له مال كثير غائب فى يد مضاربه أو شريكه ومعه من الحجرين أو متاع البيت ما يضحى به تلزم ، وتمام الفروع فى البزازية وغيرها (قوله وسببها الوقت) سبب الحكم ما ترتب عليه الحكم مما لا يدرك العقل تأثيره ولا يكون بصنع المكلف كالوقت للصلاة . والفرق بينه وبين العلة والشرط مذكور فى حاشيتنا [نسمات الأسحار على شرح المنار] للشارح : وذكر فى النهاية أن سبب وجوب الأضحية ووصف القدرة فيها بأنها ممكنة أو ميسرة لم يذكر لا فى أصول الفقه ولا فى فروعه ، ثم حقق أن السبب هو الوقت لأن السبب إنما يعرف بنسبة الحكم إليه وتعلقه به إذ الأصل فى إضافة الشيء إلى الشيء أن يكون سببا وكذا إذا لازمه فتكرر بتكرره ، وقد تكرر وجوب الأضحية بتكرر

وقيل الرأس وقدمه فى التاترخانية :

(وركنها) ذبح (ما يجوز ذبحه) من النعم لا غير ، فيكره ذبح دجاجة وديك لأنه تشبه بالمجوس بزازية (وحكمها الخروج عن عهدة الواجب) فى الدنيا (والوصول إلى الثواب) بفضل الله تعالى (فى العقبى) مع صحة النية إذ لا ثواب بدونها (فتجب) التضحية : أى إراقة الدم من النعم عملا لا اعتقادا

الوقت وهو ظاهر ووجدت الإضافة فإنه يقال يوم الأضحى كما يقال يوم الجمعة أو العيد وإن كان الأصل إضافة الحكم إلى سببه كصلاة الظهر ، لكن قد يعكس كيوم الجمعة : والدليل على سببية الوقت امتناع التقديم عليه كامتناع تقديم الصلاة ، وإنما لم تجب على الفقد لفقد الشرط وهو الغنى وإن وجد السبب اهـ وتبعه فى العناية والمعراج (قوله وقيل الرأس) فيه نظر يعلم مما مر ؛ على أنه إنما يعرف السبب بنسبة الحكم إليه فى كلام الشارح كما أوضحناه فى حاشية المنار قبيل بحث السنة فتدبر (قوله وركنها ذبح الخ) لأن ركن الشيء ما يقوم به ذلك الشيء والأضحية إنما تقوم بهذا الفعل فكان ركنا نهاية (قوله فيكره ذبح دجاجة وديك الخ) أى بنية الأضحية والكراهة تحريمية كما يدل عليه التعليل ط ، وهذا فيمن لا أضحية عليه وإلا فالأمر أظهر (قوله بفضل الله تعالى) هذا مذهب أهل الحق إذ لا يجب عليه تعالى شيء (قوله مع صحة النية) أى بخلوصها بقصد القربة (قوله إذ لا ثواب بدونها) أى بدون النية لأن ثواب الأعمال بالنيات أو بدون صحتها ، إذ لو خالطها رياء مثلا فلا ثواب أيضا وإن سقط الواجب ، لأن الثواب مفرع على القبول وبعد جواز الفعل لا يلزم حصول القبول فى المختار كما فى شرح المنار :

قال فى الولوالجية : رجل توضأ وصلى الظهر جازت صلاته والقبول لا يدرى هو المختار لأن الله تعالى قال - إنما يتقبل الله من المتقين - وشرائط التقوى عظيمة اهـ وتمامه فى [نسمات الأسحار] (قوله فتجب التضحية) إسناد الوجوب إلى الفعل أولى من إسناده إلى العين كالأضحية كما فعله القدورى ط. والوجوب هو قول أبى حنيفة ومحمد وزفر والحسن وإحدى الروايتين عن أبى يوسف : وعنه أنها سنة وهو قول الشافعى هداية ، والأدلة فى المطولات (قوله أى إراقة الدم) قال فى الجوهرة : والدليل على أنها الإراقة لو تصدق بين الحيوان لم يجز ، والتصدق بلحمها بعد الذبح مستحب وليس بواجب اهـ (قوله عملا لا اعتقادا) اعلم أن الفرض ما ثبت بدليل قطعى لا شبهة فيه كالإيمان والأركان الأربعة ، وحكمه اللزوم علما : أى حصول العلم القطعى بثبوته وتصديقا بالقلب : أى لزوم اعتقاد حقيته وعملا بالبدن حتى يكفر جاحده ويفسق تاركه بلا عذر : والواجب ما ثبت بدليل فيه شبهة كصدقة الفطر والأضحية ، وحكمه اللزوم عملا كالفرض لا علما على اليقين للشبهة ، حتى لا يكفر جاحده ويفسق تاركه بلا تأويل كما هو مبسوط فى كتب الأصول :

ثم إن الواجب على مراتب كما قال القدورى بعضها آكد من بعض : فوجوب سجدة التلاوة آكد من وجوب صدقة الفطر ، ووجوبها آكد من وجوب الأضحية اهـ وذلك باعتبار تفاوت الأدلة فى القوة . وقد ذكر فى التلويح أن استعمال الفرض فيما ثبت بظنى ، والواجب فيما ثبت بقطعى شائع مستفيض كقولهم الوتر فرض ونحو ذلك ويسمى فرضا عمليا ، وكقولهم الزكاة واجبة ونحوه ، فلفظ الواجب يقع على ما هو فرض علما وعملا كصلاة الفجر ، وعلى ظنى هو فى قوة الفرض فى العمل كالوتر حتى يمنع تذكره صحة الفجر كتذكر العشاء ، وعلى ظنى هو دون الفرض فى العمل وفوق السنة كتعيين الفاتحة حتى لا تفسد الصلاة بتركها بل تجب سجدة السهو اهـ وتمام تحقيق ذلك بما لم يوجد مجموعة فى كتاب مذكور فى حاشيتنا على المنار بتوفيق الملك الوهاب :

بقدرة ممكنة هي مايجب بمجرد التمكن من الفعل ؛ فلا يشترط بقاؤها لبقاء الوجوب لأنها شرط محض ، لا ميسرة هي مايجب بعد التمكن بصفة اليسر فغيرته من العسر إلى اليسر ، فيشترط بقاؤها لأنها شرط في معنى العلة كما مر في الفطرة بدليل وجوب تصدقه

إذا علمت ذلك ظهر لك أن كلا من الفرض والواجب اشتركا في لزوم العمل وإن تفاوتت مراتب اللزوم كما تفاوتت مراتب الوجوب :

واختلفا في لزوم الاعتقاد على سبيل الفرضية ولهذا يسمى الواجب فرضا عملا فقط ، وقد علمت أن كلا منهما يطلق على الآخر . فقول الشارح عملا لا اعتقادا احتراز عن الفرض القطعي ولهذا قال في المنح أي فلايكفر جاحده ، فأفاد أن المراد به الواجب الظني كالوتر ونحوه ، لا القطعي الذي هو فرض علما وعملا فإن منكره كافر كما مر ، بخلاف منكر الواجب الظني : أي منكر وجوبه فإنه لايكفر للشبهة فيه . أما إذا أنكر أصل مشروعيته المجمع عليها بين الأمة فإنه يكفر ، فقد صرح المصنف في باب الوتر والنوافل أن من أنكر سنة الفجر يخشى عليه الكفر . ثم رأيته في القنية في باب مايكفر به نقل عن الحلواني : لو أنكر أصل الوتر وأصل الأضحية كفر ، ثم نقل عن الزندوستي أنه لو أنكر الفرضية لايكفر ، ثم قال : ولا تنافي بينهما لأن الأصل مجمع عليه والفرضية والوجوب مختلف فيهما اه فافهم (قوله بقدرة) متعلق بتجب (قوله ممكنة) بصيغة اسم الفاعل من التمكين ط (قوله هي ما يجب) الأوضح أن يقول والواجب بهذه القدرة ما يجب الخ ط :

بيان ذلك أن القدرة التي يتمكن بها العبد من أداء ما لزمه نوعان : مطلق ، وهو أدنى ما يتمكن به العبد من أداء ما لزمه ، وهو شرط في وجوب أداء كل مأمور به . وكامل وهو القدرة الميسرة للأداء بعد التمكن ، ودوامها شرط لدوام الواجب الشاق على النفس كأكثر الواجبات المالية ، حتى بطلت الزكاة والعشر والخراج بهلاك المال بعد التمكن من الأداء ، لأن القدرة الميسرة وهي وصف النماء قد فاتت بالهلاك فيفوت دوام الوجوب لفوات شرطه ، بخلاف الأولى فليس بقاؤها شرطا لبقاء الواجب ، حتى لايسقط الحج وصدقة الفطر بهلاك المال لوجوبهما بقدرة ممكنة وهي القدرة على الزاد والراحلة وملك النصاب ، ولا يقع اليسر فيهما إلا بخدم ومراكب وأعوان في الأول وملك أموال كثيرة في الثاني وليس بشرط بالإجماع (قوله بمجرد التمكن من الفعل) أي بالتمكن من الفعل المجرد عن اشتراط دوام القدرة ط (قوله لأنها شرط محض) أي ليس فيه معنى العلة ، والشرط يكفي مطلق وجوده لتحقق المشروط اه ط (قوله هي ما يجب الخ) الأوضح أن يقول والواجب بها ما يجب الخ ط (قوله بصفة اليسر) الباء للمصاحبة ط (قوله فغيرته من العسر) وهو الوجوب بمجرد التمكن إلى اليسر وهو الوجوب بصفة اليسر بعد التمكن ، وهذا منه بيان لوجه التسمية بميسرة والتغيير تقديري ، إذ ليس المراد أنه كان واجبا بالعسرة بقدرة ممكنة ثم تغير إلى اليسر ، بل المراد أنه لو وجب بالممكنة كباقي الواجبات بها لكان جائزا فلما توقف عليها صار كأنه تغير (قوله لأنها شرط في معنى العلة) لأن العلة هي المؤثرة ، ولما أثر هذا الشرط بتغيير الواجب إلى صفة اليسر كان في معنى العلة والعلة مما لايمكن بقاء الحكم بدونها إذ لا يسر بدون قدرة ميسرة ، والواجب الذي لم يشرع إلا بصفة اليسر لايبقى بدونها (قوله بدليل) علة لكونها بقدرة ممكنة لا ميسرة اه ح :

قال في العناية : وهي واجبة بالقدرة الممكنة ، بدليل أن الموسر إذا اشترى شاة للأضحية في أول يوم النحر ولم يضح حتى مضت أيام النحر ثم افتقر كان عليه أن يتصدق بعينها ولا تسقط عنه الأضحية ، فلو كانت بالقدرة الميسرة كان دوامها شرطا كما في الزكاة والعشر والخراج حيث تسقط بهلاك المال اه :

بعينها أو بقيمتها لو مضت أيامها (على حر مسلم مقيم) بمصر أو قرية أو بادية عيني ، فلا تجب على حاج مسافر ؛ فأما أهل مكة فتلزمهم وإن حجوا ، وقيل لا تلزم المحرم سراج (موسر) يسار الفطرة (عن نفسه لا عن طفله) على الظاهر ، بخلاف الفطرة (شاة) بالرفع بدل من ضمير تجب أو فاعله (أو سبع بدنة) هي الإبل والبقر ؛ سميت به لضخامتها ، ولو لأحدهم أقل من سبع

واعترض بأنه إذا افتقر بعد مضى أيام النحر كانت القدرة الميسرة حاصلة فيها فلذا لم تسقط بعد . واعترضه في الحواشي السعدية أيضا بأن قول الهداية وتفوت بمضي الوقت يدل على أن الوجوب ليس بالقدرة الممكنة وإلا لم تسقط وكان عليه أن يضحى وإن لم يشتر شاة في يوم النحر ، وبأنها تسقط بهلاك المال قبل مضى أيام النحر كالزكاة تسقط بهلاك النصاب ، بخلاف صدقة الفطر فإنها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر وهذا كالصريح فى أن المعتبر فيها هو القدرة الميسرة اهـ .

أقول : قد يجاب بأن الأضحية لها وقت مقدر كالصلاة والصوم والعبرة للوجوب فى آخره كما يأتى ، فمن كان غنيا آخره تلزمه ، ومن كان فقيرا آخره لا تلزمه ولو كان فى أوله بخلاف ذلك ، فمن اشتراها غنيا ثم افتقر بعد أيامها كان فى آخر الوقت متمكنا بالقدرة الممكنة حتى لزمه القضاء لا بالقدرة الميسرة وإلا لاشترط دوامها بأن تسقط عنه إذا افتقر ، والواقع خلافه ؛ ومعنى قول الهداية وتفوت بمضى الوقت فوات أدائها بدليل أن عليه التصدق بقيمتها أو بعينها كما يأتى فى بيانه ، وسقوطها بهلاك المال قبل مضى أيامها لا يفيد أن القدرة ميسرة لأن العبرة لآخر الوقت ولم توجد القدرة فيه أصلا ، بخلاف الزكاة وصدقة الفطر إذ ليس لهما وقت يفوت الأداء بفوته فإن الزكاة فى كل وقت زكاة وكذا صدقة الفطر ، بخلاف الأضحية فإن الواقع بعد وقتها خلف عنها ، فحيث سقطت الزكاة بالهلاك فى وقت وجوب الأداء ولم تسقط صدقة الفطر علم أن الأولى وجبت بقدرة ميسرة والثانية بقدرة ممكنة ، وهلاك المال فى الأضحية لا يمكن حمله على واحد من هذين إلا إذا كان بعد وجوب الأداء وذلك فى آخر أيام النحر ، لأن وقتها مقدر كما علمت ؛ فحيث هلك المال بعد أيامها وألزمناه بالتصدق بعينها أو بقيمتها علمنا أنها لم تسقط به كصدقة الفطر وكان وجوبها بقدرة ممكنة . وأما إذا هلك قبل مضى أيامها كان الهلاك قبل وجوب الأداء فلا يمكن حمله على واحد منهما ، فتدبر هذا التحقيق فهو بالقبول حقيق ، والله ولى التوفيق (قوله بعينها) أى لو نذرها أو كان فقيرا شراها لها ، وقوله أو بقيمتها أى لو كان غنيا ولم ينذرها كما يأتى فتأمل (قوله فتلزمهم وإن حجوا) اقتصر عليه فى البدائع وذلك لأنهم مقيمون (قوله وقيل لا تلزم المحرم) وإن كان من أهل مكة جوهرة عن الخجندى ، وحمله فى الشرنبلالية على المسافر وفيه نظر ظاهر (قوله لا عن طفله) أى من مال الأب ط (قوله على الظاهر) قال فى الخانية : فى ظاهر الرواية أنه يستحب ولا يجب ، بخلاف صدقة الفطر ؛ وروى الحسن عن أبى حنيفة يجب أن يضحى عن ولده وولد ولده الذى لا أب له ، والفتوى على ظاهر الرواية اهـ ولو ضحى عن أولاده الكبار وزوجته لا يجوز إلا بإذنهم ؛ وعن الثانى أنه يجوز استحسانا بلا إذنهم بزازية .

قال فى الذخيرة : ولعله ذهب إلى أن العادة إذا جرت من الأب فى كل سنة صار كالإذن منهم ، فإن كان على هذا الوجه فما استحسنه أبو يوسف مستحسن (قوله شاة) أى ذبحها لما مر أن الواجب هو الإراقة (قوله بدل من ضمير تجب أو فاعله) كذا فى المنح وهذا بالنظر إلى مجرد المتن ، وإلا فالشارح ذكر فاعل تجب فيما مر وهو التضحية تبعا للمنح أيضا ، فبالنظر إلى الشرح تكون شاة بدلا من التضحية أو خبرا لمبتدإ محذوف مع تقدير مضاف : أي الواجب ذبح شاة فافهم (قوله لضخامتها) أي عظم بدنها (قوله ولو لأحدهم) أى أحد السبعة

لم يجز عن أحد ، وتجزى عما دون سبعة بالأولى (فجر) نصب على الظرفية (يوم النحر إلى آخر أيامه) وهى ثلاثة أفضلها أولها .

(ويضحى عن ولده الصغير من ماله) صححه فى الهداية (وقيل لا) صححه فى الكافى . قال : وليس للأب أن يفعله من مال طفله ، ورجحه ابن الشحنة .

قلت : وهو المعتمد لما فى متن مواهب الرحمن من أنه أصح مايفتى به : وعلله فى البرهان بأنه إن كان المقصود الإتلاف فالأب لا يملكه فى مال ولده كالعتق أو التصدق باللحم فمال الصبى لا يحتمل صدقة التطوع ، وعزاه للمبسوط فليحفظ .

المعلومين من قوله أو سبع بدنة ، لأن المراد أنها تجزى عن سبعة بنية القربة من كل منهم ولو اختلفت جهات القربة كما يأتى (قوله لم يجز عن أحد) من الجواز أو من الإجزاء والثانى أنسب بما بعده (قوله وتجزى عما دون سبعة) الأولى عمن لأن ما لما لا يعقل ، وأطلقه فشمل ما إذا اتفقت الأنصباء قدرا أولا لكن بعد أن لا ينقص عن السبع ، ولو اشترك سبعة فى خمس بقرات أو أكثر صح لأن لكل منهم فى بقرة سبعها لا ثمانية فى سبع بقرات أو أكثر ، لأن كل بقرة على ثمانية أسهم فلكل منهم أقل من السبع ولا رواية فى هذه الفصول ولو اشترك سبعة فى سبع شياه لا يجزيهم قياسا لأن كل شاة بينهم على سبعة أسهم . وفى الاستحسان يجزيهم وكذا اثنان فى شاتين ، وعليه فينبغى أن يكون فى الأول قياس واستحسان ، والمذكور فيه جواب القياس بدائع (قوله نصب على الظرفية) أى لقوله تجب ، وهذا بيان لأول وقتها مطلقا للمصرى والقروى كما يأتى بيانه فافهم (قوله إلى آخر أيامه) دخل فيها الليل وإن كره كما يأتى ، وأفاد أن الوجوب موسع فى جملة الوقت غير عين .

والأصل أن ما وجب كذلك يتعين الجزء الذى أدى فيه للوجوب أو آخر الوقت كما فى الصلاة وهو الصحيح وعليه يتخرج ما إذا صار أهلا للوجوب فى آخره ، بأن أسلم أو أعتق أو أيسر أو أقام تلزمه ، لا إن ارتد أو أعسر أو سافر فى آخره ، ولو أعسر بعد خروج الوقت صار قيمة شاة صالحة للأضحية دينا فى ذمته ، ولو مات الموسر فى أيامها سقطت ، وفى الحقيقة لم تجب ، ولو ضحى الفقير ثم أيسر فى آخره عليه الإعادة فى الصحيح لأنه تبين أن الأولى تطوع بدائع ملخصا ، لكن فى البزازية وغيرها أن المتأخرين قالوا لا تلزمه الإعادة وبه نأخذ (قوله وهى ثلاثة) وكذا أيام التشريق ثلاثة ، والكل يمضى بأربعة أولها نحر لا غير وآخرها تشريق لا غير والمتوسطان نحر وتشريق هداية . وفيه إشعار بأن التضحية تجوز فى الليلتين الأخيرتين لا الأولى ، إذ الليل فى كل وقت تابع لنهار مستقبل إلا فى أيام الأضحية فإنه تابع لنهار ماض كما فى المضمرات وغيره . وفيه إشكال لأن ليلة الرابع لم تكن وقتا لها بلا خلاف ، إلا أن يقال المراد فيما بين أيام الأضحية قهستانى (قوله أفضلها أولها) ثم الثانى ثم الثالث كما فى القهستانى عن السراجية (قوله ويضحى عن ولده الصغير من ماله) أى مال الصغير ومثله المجنون .

قال فى البدائع : وأما البلوغ والعقل فليسا من شرائط الوجوب فى قولهما . وعند محمد من الشرائط حتى لا تجب التضحية فى مالهما لو موسرين ، ولا يضمن الأب أو الوصى عندهما وعند محمد يضمن : والذى يجن ويفيق يعتبر حاله ، فإن كان مجنونا فى أيام النحر فعلى الاختلاف وإن مفيقا تجب بلا خلاف اهـ .

قلت : لكن فى الخانية ، وأما الذى يجن ويفيق فهو كالصحيح اهـ إلا أن يحمل على أنه يجن ويفيق فى أيام النحر فتأمل (قوله صححه فى الهداية) حيث قال : والأصح أن يضحى من ماله ، فقول ابن الشحنة إنه فى الهداية لم يصحح شيئا بل مقتضى صنيعه ترجيح عدم الوجوب فيه نظر ، ولعله ساقط من نسخته (قوله قلت وهو المعتمد)

ثم فرع على القول الأول بقوله (وأكل منه الطفل) وادخر له قدر حاجته (ومابقى يبدل بماينتفع) الصغير (بعينه) كثوب وخف لابما يستهلك كخبز ونحوه ابن كمال وكذا الجد والوصى :

(وصح اشتراك ستة فى بدنة شريت لأضحية) أى إن نوى وقت الشراء الاشتراك صح استحسانا وإلا لا (استحسانا وذا) أى الاشتراك (قبل الشراء أحب ، ويقسم اللحم وزنا

واختاره فى الملتقى حيث قدمه ، وعبر عن الأول بقيل ، ورجحه الطرسوسى بأن القواعد تشهد له ولأنها عبادة ، وليس القول بوجوبها أولى من القول بوجوب الزكاة فى ماله (قوله بما ينتفع بعينه) ظاهره أنه لايجوز بيعه بدراهم ثم يشترى بها ما ذكر ط ، ويفيده ما نذكره عن البدائع (قوله وكذا الجد والوصى) أى كالأب فى جميع ما ذكر (قوله وصح اشتراك ستة) كذا فيما رأيناه من النسخ من الافتعال بالتاء وهو كذلك فى عدة كتب ، ومقتضاه أنه متعد مضاف إلى مفعوله والفاعل محذوف وهو الشارى ، ولذا قال فى الدرر : أى جعلهم شركاء له (قوله فى بدنة شريت لأضحية) أى ليضحى بها عن نفسه هداية وغيرها ، وهذا محمول على الغنى لأنها لم تتعين لوجوب الضحية بها ومع ذلك يكره لما فيه من خلف الوعد ، وقد قالوا إنه ينبغى له أن يتصدق بالثمن وإن لم يذكره محمد نصا ، فأما الفقير فلا يجوز له أن يشرك فيها لأنه أوجبها على نفسه بالشراء للأضحية فتعينت للوجوب بدائع وغاية البيان لكن فى الخانية سوّى بين الغنى والفقير ثم حكى التفصيل عن بعضهم تأمل (قوله أى إن نوى وقت الشراء الاشتراك صح استحسانا وإلا لا) كذا فى بعض النسخ ، والواجب إسقاطه كما فى بعض النسخ ، لأن موضوع المسألة الاستحسانية أن يشتريها ليضحى بها عن نفسه كما فى الهداية والخانية وغيرهما ، ولذا قال المصنف بعد قوله استحسانا وذا قبل الشراء أحب :

وفى الهداية : والأحسن أن يفعل ذلك قبل الشراء ليكون أبعد عن الخلاف وعن صورة الرجوع فى القربة اهـ : وفى الخانية : ولو لم ينو عند الشراء ثم أشركهم فقد كرهه أبوحنيفة :

أقول : وقدمنا فى باب الهدى عن فتح القدير معزوّا إلى الأصل والمبسوط : إذا اشترى بدنة لمتعة مثلا ثم أشرك فيها ستة بعد ما أوجبها لنفسه خاصة لايسعه ، لأنه لما أوجبها صار الكل واجبا بعضها بإيجاب الشرع وبعضها بإيجابه ، فإن فعل فعليه أن يتصدق بالثمن ، وإن نوى أن يشرك فيها ستة أجزأته لأنه ما أوجب الكل على نفسه بالشراء ، فإن لم يكن له نية عند الشراء ولكن لم يوجبها حتى شرك الستة جاز : والأفضل أن يكون ابتداء الشراء منهم أو من أحدهم بأمر الباقين حتى تثبت الشركة فى الابتداء اهـ ولعله محمول على الفقير أو على أنه أوجبها بالنذر ، أو يفرق بين الهدى والأضحية تأمل (قوله ويقسم اللحم) انظر هل هذه القسمة متعينة أولا ، حتى لو اشترى لنفسه ولزوجته وأولاده الكبار بدنة ولم يقسموها تجزيهم أولا ، والظاهر أنها لا تشترط لأن المقصود منها الإراقة وقد حصلت : وفى فتاوى الخلاصة والفيض : تعليق القسمة على إرادتهم ، وهو يؤيد ماسبق غير أنه إذا كان فيهم فقير والباقى أغنياء يتعين عليه أخذ نصيبه ليتصدق به اهـ ط :

وحاصله أن المراد بيان شرط القسمة إن فعلت لاأنها شرط ، لكن فى استثنائه الفقير نظر إذ لايتعين عليه التصدق كما يأتى ، نعم الناذر يتعين عليه فافهم (قوله لا جزافا) لأن القسمة فيها معنى المبادلة ، ولوحلل بعضهم بعضا قال فى البدائع : أما عدم جواز القسمة مجازفة فلأن فيها معنى التمليك واللحم من أموال الربا فلا يجوز تمليكه مجازفة : وأما عدم جواز التحليل فلأن الربا لايحتمل الحل بالتحليل ، ولأنه فى معنى الهبة وهبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا تصح اهـ وبه ظهر أن عدم الجواز بمعنى أنه لايصح ولا يحل لفساد المبادلة خلافا لما بحثه فى الشرنبلالية

لاجزافا إلا إذا ضم معه من الأكارع أو الجلد) صرفا للجنس لخلاف جنسه :

(وأول وقتها بعد الصلاة إن ذبح فى مصر) أى بعد أسبق صلاة عيد ، ولو قبل الخطبة لكن بعدها أحب وبعد مضى وقتها لو لم يصلوا لعذر ، ويجوز فى الغد وبعده قبل الصلاة لأن الصلاة فى الغد تقع قضاء لا أداء زيلعى وغيره (وبعد طلوع فجر يوم النحر إن ذبح فى غيره) وآخره قبيل غروب يوم الثالث. وجوزه الشافعى فى الرابع ، والمعتبر مكان الأضحية لا مكان من عليه ، فحيلة مصرى أراد التعجيل أن يخرجها

من أنه فيه بمعنى لايصح ولاحرمة فيه (قوله إلا إذا ضم معه الخ) بأن يكون مع أحدهما بعض اللحم مع الأكارع ومع الآخر البعض مع الجلد عناية (قوله وأول وقتها بعد الصلاة الخ) فيه تسامح إذ التضحية لا يختلف وقتها بالمصرى وغيره بل شرطها ، فأول وقتها فى حق المصرى والقروى طلوع الفجر إلا أنه شرط للمصرى تقديم الصلاة عليها فعدم الجواز لفقد الشرط لا لعدم الوقت كما فى المبسوط وأشير إليه فى الهداية وغيرها قهستانى ، وكذا ذكر ابن الكمال فى منهوات شرحه أن هذا من المواضع التى أخطأ فيها تاج الشريعة ولم يتنبه له صدر الشريعة (قوله بعد أسبق صلاة عيد) ولو ضحى بعد ما صلى أهل المسجد ولم يصل أهل الجبانة أجزأه استحسانا لأنها صلاة معتبرة ، حتى لو اكتفوا بها أجزأتهم ، وكذا عكسه هداية ولو ضحى بعد ما قعد قدر التشهد فى ظاهر الرواية لايجوز . وقال بعضهم يجوز ويكون مسيئا وهو رواية عن أبى يوسف خانية (قوله ولو قبل الخطبة) قال فى المنح وعن الحسن : لو ضحى قبل الفراغ من الخطبة فقد أساء (قوله وبعد مضى وقتها) أى وقت الصلاة ، وهو معطوف على قوله بعد الصلاة ، ووقت الصلاة من الارتفاع إلى الزوال (قوله لعذر) أى غير الفتنة المذكورة بعد اه ط :

أقول : ولم يذكر الزيلعى لفظ العذر مع أنه مخالف لما سيذكره الشارح عن الينابيع : وفى البدائع : وإن أخر الإمام صلاة العيد فلا ذبح حتى ينتصف النهار ، فإن اشتغل الإمام فلم يصل أو ترك عمدا حتى زالت فقد حل الذبح بغير صلاة فى الأيام كلها لأنه بالزوال فات وقت الصلاة ، وإنما يخرج الإمام فى اليوم الثانى والثالث على وجه القضاء والترتيب شرط فى الأداء لا فى القضاء كذا ذكر القدورى اه ، وذكر نحوه الزيلعى عن المحيط ، ونقل قبله عنه أيضا أنه لا تجزيهم فى اليوم الثانى قبل الزوال إلا إذا كانوا لا يرجون أن يصلى الإمام بهم :

[تنبيه] قال فى مبسوط السرخسى : ليس على أهل منى يوم النحر صلاة العيد لأنهم فى وقتها مشغولون بأداء المناسك ، وتجوز لهم التضحية بعد انشقاق الفجر كما يجوز لأهل القرى اه :

ومن الظاهر أن أهل منى هم من بها من الحجاج وأهل مكة شرنبلالية أى أهل مكة المحرمين ، ثم إن هذا صريح فى خلاف ما ذكره البيرى حيث قال : إن منى لاتجوز فيها الأضحية إلا بعد الزوال لأنها موضع تجوز فيه صلاة العيد إلا أنها سقطت عن الحاج ولم نر فى ذلك نقلا مع كثرة المراجعة ، ولا صلاة العيد بمكة يوم النحر لأنا ومن أدركناه من المشايخ لم يصلها بمكة ، والله أعلم ما السبب فى ذلك اه (قوله إن ذبح فى غيره) أى غير المصر شامل لأهل البوادى ، وقد قال قاضيخان : فأما أهل السواد والقرى والرباطات عندنا يجوز لهم التضحية بعد طلوع الفجر ، وأما أهل البوادى لايضحون إلا بعد صلاة أقرب الأئمة إليهم اه وعزاه القهستانى إلى النظم وغيره وذكر فى الشرنبلالية أنه مخالف لما فى التبيين ولإطلاق شيخ الإسلام (قوله والمعتبر مكان الأضحية الخ) فلو كانت فى السواد والمضحى فى المصر جازت قبل الصلاة ، وفى العكس لم تجز قهستانى (قوله أن يخرجها) أى يأمر

لخارج المصر ، فيضحي بها إذا طلع الفجر مجتبى :

(والمعتبر آخر وقتها للفقير وضده والولادة والموت ، فلو كان غنيا فى أول الأيام فقيرا فى آخرها لا تجب عليه ، وإن ولد فى اليوم الآخر تجب عليه ، وإن مات فيه لا) تجب عليه

(تبين أن الإمام صلى بغير طهارة تعاد الصلاة دون الأضحية) لأن من العلماء من قال : لايعيد الصلاة إلا الإمام وحده فكان للاجتهاد فيه مساغا زيلعي :

وفى المجتبى : إنما تعاد قبل التفرق لابعده : وفى البزازية : بلدة فيهافتنة فلم يصلوا وضحوا بعدطلوع الفجرجاز فى المختار ، لكن فى الينابيع : ولو تعمد الترك فسن أول وقتها لايجوز الذبح حتى تزول الشمس اه. وقيل لاتجوز قبل الزوال فى اليوم الأول وتجوز فى بقية الأيام :

قلت : وقدمنا أنه مختار الزيلعي وغيره ، وبه جزم فى المواهب فتنبه :

(كما لو شهدوا أنه يوم العيد عند الإمام فصلوا ثم ضحوا ثم بان أنه يوم عرفة أجزأتهم الصلاة والتضحية)

بإخراجها (قوله لخارج المصر) أى إلى ما يباح فيه القصر قهستانى وزيلعى (قوله مجتبى) لا حاجة إلى العزو إليه بعد وجود المسألة فى الهداية والتبيين وغيرهما من المعتبرات (قوله والولادة) أى على القول بوجوبها فى مال الصغير أو الأب وهو خلاف المعتمد كما مر (قوله تعاد الصلاة دون التضحية الخ) قال فى البدائع : فإن علم ذلك قبل تفرق الناس يعيد بهم الصلاة باتفاق الروايات ، وهل يجوز ما ضحى قبل الإعادة ذكر فى بعض الروايات أنه يجوز لأنه ذبح بعد صلاة يجيزها بعض الفقهاء وهو الشافعى ، لأن فساد صلاة الإمام لا يوجب فساد صلاة المقتدى عنده فكانت تلك الصلاة معتبرة عنده ، فعلى هذا يعيد الإمام وحده ولا يعيد القوم وذلك استحسان اه ونحوه فى البزازية (قوله فكان للاجتهاد فيه مساغا) كذا فى المنح وبعض نسخ التبيين أيضا وصوابه مساغ بالرفع (قوله وفى المجتبى الخ) هذا تقييد لإطلاق المتن ، وهو وجيه لما فى الإعادة بعد التفرق من المشقة اه ح (قوله لابعده) أقول فى البزازية : ولو نادى بالناس ليعيدوها ، فمن ذبح قبل أن يعلم بذلك جازت ، ومن علم به لم يجز ذبحه إذا ذبح قبل الزوال وبعده يجوز اه لكن مقتضى ما قدمناه عن البدائع عدم الإعادة مطلقا ، ويدل عليه أنه فى البدائع ذكر ما فى البزازية رواية أخرى تأمل (قوله فلم يصلوا) لعدم وال يصليها بهم إتقانى وزيلعى (قوله جاز فى المختار) لأن البلدة صارت فى هذا الحكم كالسواد إتقانى :

وفى التاترخانية : وعليه الفتوى ، وقد ذكر المسألة الزيلعى أيضا ،ولا يعارض ماتقدم نقله عنه كما ظنه ح لأن الإمام هناك موجود فلم تصر فى حكم السواد فافهم (قوله لكن فى الينابيع الخ) ساقط من بعض النسخ وهو الأولى. إذ لا يخالف ما قبله لأنه ترك لعذر وهذا لغيره (قوله ولوتعمد الترك) مبنى للمجهول أو للمعلوم وفاعله الإمام (قوله فسن) يقال سن فلانا طعنه بالسنان ، والمراد به هنا الذبح (قوله وقيل الخ) الظاهر أنه فهم أنه معارض لما نقله عن البزازية كما فهمه المحشى والمعارضة مندفعة بما قدمناه (قوله قلت الخ) ليس فى عبارة الزيلعى ما يفيده لأنه حكى القولين عن المحيط كما قدمناه ولم يرجح (قوله أجزأتهم الصلاة والتضحية) كذا فى البدائع أيضا :

وفيها : ولو شهدوا بعد نصف النهار أنه العاشر جاز لهم أن يضحوا ويخرج الإمام من الغد فيصلى بهم العيد ، وإن علم فى صدر النهار أنه يوم النحر فشغل الإمام عن الخروج أو غفل فلم يخرج ولم يأمر أحدا يصلى بهم فلا ينبغى لأحد أن يضحى حتى يصلى بهم الإمام إلى أن تزول الشمس ، فإذا زالت قبل أن يخرج الإمام ضحى الناس ، وإن ضحى أحد قبل ذلك لم يجز ، ولو ضحى بعد الزوال من يوم عرفة ثم ظهر أنه يوم النحر جازت عندنا لأنه

لأنه لايمكن التحرز عن مثل هذا الخطأ فيحكم بالجواز صيانة لجميع المسلمين زيلعى (وكره) تنزيها (الذبح ليلا) لاحتمال الغلط :

(ولو تركت التضحية ومضت أيامها تصدّق بها حية ناذر) فاعل تصدق (لمعينة) ولو فقيرا ، ولو ذبحها

فى وقته اه (قوله صيانة لجميع المسلمين) الذى رأيته فى الزيلعى لجمع بدون ياء : أى صلاتهم بالجماعة تأمل (قوله تنزيها) بحث من المصنف حيث قال : قلت : الظاهر أن هذه الكراهة للتنزيه ومرجعها إلى خلاف الأولى إذ احتمال الغلط لايصلح دليلا على كراهة التحريم اه :

أقول : وهو مصرح به فى ذبائح البدائع (قوله ليلا) أى فى الليلتين المتوسطتين لا الأولى ولا الرابعة ، إذ لا تصح فيهما الأضحية أصلا كما هو الظاهر ونبه عليه فى النهاية ومع هذا خفى على البعض (قوله ولو تركت التضحية الخ) شروع فى بيان قضاء الأضحية إذا فاتت عن وقتها فإنها مضمونة بالقضاء فى الجملة كما فى البدائع (قوله ومضت أيامها الخ) قيد به لما فى النهاية : إذا وجبت بإيجابه صريحا أو بالشراء لها ، فإن تصدّق بعينها فى أيامها فعليه مثلها مكانها ، لأن الواجب عليه الإراقة وإنما ينتقل إلى الصدقة إذا وقع اليأس عن التضحية بمضى أيامها ، وإن لم يشتر مثلها حتى مضت أيامها تصدق بقيمتها ، لأن الإراقة إنما عرفت قربة فى زمان مخصوص ولا تجزيه الصدقة الأولى عما يلزمه بعد لأنها قبل سبب الوجوب اه (قوله تصدق بها حية) لوقوع اليأس عن التقرب بالإراقة ، وإن تصدق بقيمتها أجزأه أيضا لأن الواجب هنا التصدق بعينها وهذا مثله فيما هو المقصود اه ذخيرة (قوله ناذر لمعينة) قال فى البدائع : أما الذى يجب على الغنى والفقير فالمنذور به ، بأن قال لله علىّ أن أضحى شاة أو بدنة أو هذه الشاة أو البدنة ، أو قال جعلت هذه الشاة أضحية لأنها قربة من جنسها إيجاب وهو هدى المتعة والقران والإحصار فتلزم بالنذر كسائر القرب والوجوب بالنذر يستوى فيه الغنى والفقير اه وقد استفيد منه أن الجعل المذكور نذر وأن النذر بالواجب صحيح :

واستشكل بأن من شروط صحة النذر أن لايكون واجبا قبله . وأجاب أبو السعود بأن الواجب التضحية مطلقا وصحة النذر بالنسبة المعينة اه وفيه نظر لما علمت من صحة النذر بغير معينة أيضا :

واعلم أنه قال فى البدائع : ولو نذر أن يضحى شاة وذلك فى أيام النحر وهو موسر فعليه أن يضحى بشاتين عندنا شاة بالنذر وشاة بإيجاب الشرع ابتداء إلا إذا عنى به الإخبار عن الواجب عليه فلا يلزمه إلا واحدة ، ولو قبل أيام النحر لزمه شاتان بلا خلاف لأن الصيغة لا تحتمل الإخبار عن الواجب إذ لا وجوب قبل الوقت ، وكذا لو كان معسرا ثم أيسر فى أيام النحر لزمه شاتان اه . ومقتضى هذا أن الموسر إذا نذر فى أيام النحر وقصد الإخبار لم يكن ذلك منه نذرا حقيقة وإن لزوم الشاة عليه بإيجاب الشرع : أما إذا أطلق ولم يقصد الإخبار أو كان قبل أيام النحر أو كان معسرا فأيسر فيها ، فإنه وإن لزمته شاة أخرى بالنذر لكنها لم تكن واجبة قبل بل الواجبة غيرها فهو نذر حقيقة . وعلى كل فلم يوجد نذر حقيقى بواجب قبله فانفضح الحال وطاح الإشكال وسيأتى فى آخر الأضحية زيادة تحقيق لهذا البحث ، ومقتضى ذلك أيضا أنه حيث قصد الإخبار له الأكل منها لأنها لم تلزم بالنذر :

[فرع] قال لله علىّ أن أضحى شاة فضحى ببدنة أو بقرة جاز تتارخانية (قوله ولو فقيرا) الأنسب أن يقال ولو غنيا ، لأن الفقير لايتوهم عدم صحة نذره بالمعينة لعدم وجوبها عليه قبله بخلاف الغنى ، ولأن الفقير إذا شراها له يلزمه التصدق بعينها بلا نذر ، بخلاف الغنى : وقاعدة لو الوصلية أن نقيض ما بعدها أولى بالحكم تأمل

تصدق بلحمها ، ولو نقصها تصدق بقيمة النقصان أيضا ولا يأكل الناذر منها ؛ فإن أكل تصدق بقيمة ما أكل (وفقير) عطف عليه (شراها لها) لوجوبها عليه بذلك حتى يمتنع عليه بيعها (و) تصدق (بقيمتها غنى شراها أولا) لتعلقها بذمته بشرائها أولا ، فالمراد بالقيمة قيمة شاة تجزى فيها ؛

(وصح الجذع) ذو ستة أشهر (من الضأن)

(قوله ولو نقصها) أى الذبح بأن كانت قيمتها بعد الذبح أقل منها قبله تاترخانية (قوله بقيمة النقصان) المناسب إسقاط قيمة ، أو يقول بقدر النقصان لأن الفرض أن النقصان من القيمة لا من ذات الشاة تأمل (قوله ولا يأكل الناذر منها) أى نذرا على حقيقته كما علمت .

وأقول : الناذر ليس بقيد لأن الكلام فيما إذا مضى وقتها ووجب عليه التصدق بها حية أو بقيمتها ، ولذا لو ذبحها ونقصها يضمن النقصان وهذا يشمل الفقير إذا شراها لها ، يدل عليه ما فى غاية البيان إذا أوجب شاة بعينها أو اشتراها ليضحى بها فمضت أيام النحر قبل أن يذبحها تصدق بها حية ، ولا يأكل من لحمها لأنه انتقل الواجب من إراقة الدم إلى التصدق ، وإن لم يوجب ولم يشتر وهو موسر وقد مضت أيامها تصدق بقيمة شاة تجزى للأضحية اه ففيه دلالة واضحة على ما قلنا . ثم رأيته فى الكفاية قال بعد قوله أو فقير شراها لها وإن ذبح لا يأكل منها ، وسيأتى له مزيد بيان إن شاء الله تعالى (قوله عطف عليه) أى على فاعل تصدق (قوله شراها لها) فلو كانت فى ملكه فنوى أن يضحى بها أو اشتراها ولم ينو الأضحية وقت الشراء ثم نوى بعد ذلك لا يجب ، لأن النية لم تقارن الشراء فلا تعتبر بدائع (قوله لوجوبها عليه بذلك) أى بالشراء وهذا ظاهر الرواية لأن شراءه لها يجرى مجرى الإيجاب وهو النذر بالتضحية عرفا كما فى البدائع .

ووقع فى التاترخانية التعبير بقوله شراها لها أيام النحر ، وظاهره أنه لو شراها لها قبلها لا تجب ولم أره صريحا فليراجع (قوله وتصدق بقيمتها غنىّ شراها أولا) كذا فى الهداية وغيرها كالدرر . وتعقبه الشيخ شاهين بأن وجوب التصدق بالقيمة مقيد بما إذا لم يشتر ، أما إذا اشترى فهو مخير بين التصدق بالقيمة أو التصدق بها حية كما فى الزيلعى أبو السعود .

وأقول : ذكر فى البدائع أن الصحيح أن الشاة المشتراة للأضحية إذا لم يضحّ بها حتى مضى الوقت يتصدق الموسر بعينها حية كالفقير بلا خلاف بين أصحابنا ، فإن محمدا قال وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف وقولنا اه وتمامه فيه ، وهو الموافق لما قدمناه آنفا عن غاية البيان ، وعلى كل فالظاهر أنه لا يحل له الأكل منها إذا ذبحها كما لا يجوز له حبس شىء من قيمتها تأمل (قوله فالمراد بالقيمة الخ) بيان لما أجمله المصنف ، لأن قوله تصدق بقيمتها ظاهر فيما إذا اشتراها لأن قيمتها تعلم ، أما إذا لم يشترها فما معنى أنه يتصدق بقيمتها فإنها غير معينة ؛ فبين أن المراد إذا لم يشترها قيمة شاة تجزئ فى الأضحية كما فى الخلاصة وغيرها . قال القهستانى ، أو قيمة شاة وسط كما فى الزاهدى والنظم وغيرهما (قوله وصح الجذع) بفتحتين قهستانى (قوله ذو ستة أشهر) كذا فى الهداية ، وفسره فى شرح الملتقى شرعا بما أتى عليه أكثر الحول عند الأكثر . قال القهستانى : وفسر الأكثر فى المحيط بما دخل فى الشهر الثامن ، وفى الخزانة بما أتى عليه ستة أشهر وشىء . وذكر الزعفرانى أنه ابن سبعة ، وعنه ثمانية أو تسعة ، وما دونه حمل اه .

قلت : واقتصر فى الخانية على ما فى الخزانة ، وقيد بقوله شرعا لأنه فى اللغة ما تمت له سنة نهاية (قوله من الضأن) هو ماله ألية منح ، قيد به لأنه لا يجوز الجذع من المعز وغيره بلا خلاف كما فى المبسوط قهستانى .

إن كان بحيث لو خلط بالثنايا لا يمكن التمييز من بعد :

(و) صح (الثنى) فصاعدا من الثلاثة والثنى (هو ابن خمس من الإبل ، وحولين من البقر والجاموس ، وحول من الشاة) والمعز والمتولد بين الأهلى ، والوحشى يتبع الأم قاله المصنف :

[فروع] الشاة أفضل من سبع البقرة إذا استويا فى القيمة واللحم ، والكبش أفضل من النعجة إذا استويا فيهما ، والأنثى من المعز أفضل من التيس إذا استويا قيمة ، والأنثى من الإبل والبقر أفضل حاوى :

وفى الوهبانية أن الأنثى أفضل من الذكر إذا استويا قيمة ، والله أعلم :

ولدت الأضحية ولدا قبل الذبح يذبح الولد معها .

والجذع : من البقر ابن سنة ، ومن الإبل ابن أربع بدائع (قوله إن كان الخ) فلو صغير الجثة لا يجوز إلا أن يتم له سنة ويطعن فى الثانية إتقانى (قوله من الثلاثة) أى الآتية ، وهى الإبل والبقر بنوعيه والشاة بنوعيه (قوله والثنى هو ابن خمس الخ) ذكر سن الثنى والجذع فى المنح منظوما فى أربع أبيات لبعضهم ، وقد نظمتها فى بيتين فقلت :

ذو الحول من غنم والخمس من إبل ‏ ‏ ‏ واثنين من بقر ذا بالثنى دعى

والحول من بقر والنصف من غنم ‏ ‏ ‏ وأربع من بعير سم بالجذع

وفى البدائع : تقدير هذه الأسنان بما ذكر لمنع النقصان لا الزيادة ، فلو ضحى بسن أقل لا يجوز ، وبأكبر يجوز وهو أفضل : ولا تجوز بحمل وجدى وعجول وفصيل لأن الشرع إنما ورد بالأسنان المذكورة (قوله والجاموس) نوع من البقر ، وكذا المعز نوع من الغنم بدليل ضمها فى الزكاة بدائع (قوله قاله المصنف) تبعا للهداية وغيرها . قال فى البدائع : فلو نزا ثور وحشى على بقرة أهلية فولدت ولدا يضحى به دون العكس لأنه ينفصل عن الأم وهو حيوان متقوم تتعلق به الأحكام ، ومن الأب ماء مهين ولذا يتبع الأم فى الرق والحرية (قوله فروع إلى قوله ينابيع) يوجد فى بعض النسخ (قوله أفضل من سبع البقرة الخ) وكذا من تمام البقرة : قال فى التتارخانية ، وفى العتابية : وكان الأستاذ يقول بأن الشاة العظيمة السمينة تساوى البقرة قيمة ولحما أفضل من البقرة لأن جميع الشاة تقع فرضا بلا خلاف :

واختلفوا فى البقرة . قال بعض العلماء : يقع سبعها فرضا والباقى تطوع اه (قوله إذا استويا الخ) فإن كان سبع البقرة أكثر لحما فهو أفضل ، والأصل فى هذا إذا استويا فى اللحم والقيمة فأطيبهما لحما أفضل ، وإذا اختلفا فيهما فالفاضل أولى تتارخانية (قوله أفضل من النعجة) هى الأنثى من الضأن قاموس (قوله إذا استويا فيهما) فإن كانت النعجة أكثر قيمة أو لحما فهى أفضل ذخيرة ط (قوله والأنثى من المعز أفضل) مخالف لما فى الخانية وغيرها . وقال ط : مشى ابن وهبان على أن الذكر فى الضأن والمعز أفضل لكنه مقيد بما إذا كان موجوءا : أى مرضوض الأنثيين : أى مدقوقهما : قال العلامة عبد البر : ومفهومه أنه إذا لم يكن موجوءا لايكون أفضل (قوله وفى الوهبانية الخ) تقييد للإطلاق بالاستواء : أى أن الأنثى من الإبل والبقر أفضل إذا استويا . قال فى التتارخانية لأن لحمها أطيب اه وهو الموافق للأصل المار (قوله قبل الذبح) فإن خرج من بطنها حيا فالعامة أنه يفعل به مايفعل بالأم ، فإن لم يذبحه حتى مضت أيام النحر يتصدق به حيا ، فإن ضاع أو ذبحه وأكله يتصدق بقيمته ، فإن بقى عنده وذبحه للعام القابل أضحية لايجوز ، وعليه أخرى لعامه الذى ضحى ويتصدق به مذبوحا مع قيمة مانقص بالذبح ، والفتوى على هذا خانية (قوله يذبح الولد معها) إلا أنه لايأكل منه بل يتصدق به

وعند بعضهم يتصدق به بلا ذبح :

ضلت أو سرقت فاشترى أخرى ثم وجدها فالأفضل ذبحهما ، وإن ذبح الأولى جاز ، وكذا الثانية لو قيمتها كالأولى أو أكثر ، وإن أقل ضمن الزائد ويتصدق به بلا فرق بين غنى وفقير . وقال بعضهم : إن وجبت عن يسار فكذا الجواب ، وإن عن إعسار ذبحهما ينابيع :

(ويضحى بالجماء والخصى والثولاء) أى المجنونة (إذا لم يمنعها من السوم والرعى ، وإن منعها لا) تجوز التضحية بها (والجرباء السمينة) فلو مهزولة لم يجز ، لأن الجرب فى اللحم نقص (لا بالعمياء والعوراء والعجفاء) المهزولة التى لا مخ فى عظامها (والعرجاء التى لا تمشى إلى المنسك) أى المذبح ، والمريضة البين مرضها (ومقطوع أكثر الأذن أو الذنب أو العين) أى التى ذهب أكثر نور عينها فأطلق القطع على الذهاب

فإن أكل منه تصدق بقيمة ما أكل . والمستحب أن يتصدق به خانية ، قيل ولعل وجهه عدم بلوغ الولد سن الإجزاء فكانت القربة فى اللحم بذاته لا فى إراقة دمه اه تأمل :

قال فى البدائع : وقال فى الأصل : وإن باعه تصدق بثمنه لأن الأم تعينت للأضحية والولد يحدث على صفات الأم الشرعية : ومن المشايخ من قال هذا فى الأضحية الموجبة بالنذر أو ما فى معناه كشراء الفقير وإلا فلا ، لأنه يجوز التضحية بغيرها فكذا ولدها (قوله وعند بعضهم يتصدق به بلا ذبح) قدمنا عن الخانية أنه المستحب ، وظاهره ولو فى أيام النحر ، وانظر ما فى الشرنبلالية على البدائع (قوله ثم وجدها) أى الضالة أو المسروقة بمعنى وصلت إلى يده وهذا إذا وجد فى أيام النحر (قوله وقال بعضهم الخ) اقتصر عليه فى البدائع : وقال السائحانى : وبه جزم الشمنى كما سيذكره الشارح وهو الموافق للقواعد اه . وفى البدائع : ولو لم يذبح الثانية حتى مضت أيام النحر ثم وجد الأولى عليه أن يتصدق بأفضلهما ولا يذبح (قوله ويضحى بالجماء) هى التى لا قرن لها خلقة وكذا العظماء التى ذهب بعض قرنها بالكسر أو غيره ، فإن بلغ الكسر إلى المخ لم يجز قهستانى . وفى البدائع إن بلغ الكسر المشاش لا يجزى والمشاش رؤوس العظام مثل الركبتين والمرفقين اه (قوله والثولاء) بالمثلثة . فى القاموس الثول بالتحريك استرخاء فى أعضاء الشاة خاصة ، أو كالجنون يصيبها فلا تتبع الغنم وتستدير فى مرتعها (قوله والرعى) عطف تفسير ط (قوله فلو مهزولة الخ) قال فى الخانية : وتجوز بالثولاء والجرباء السمينتين ، فلو مهزولتين لا تنقى لا يجوز إذا ذهب مخ عظمها ، فإن كانت مهزولة فيها بعض الشحم جاز يروى ذلك عن محمد اه قوله لا تنقى مأخوذ من النقى بكسر النون وإسكان القاف : هو المخ : أى لا مخ لها ، وهذا يكون من شدة الهزال فتنبه :

قال القهستانى : واعلم أن الكل لا يخلو عن عيب ، والمستحب أن يكون سليما عن العيوب الظاهرة ، فما جوز ههنا جوز مع الكراهة كما فى المضمرات (قوله المهزولة الخ) تفسير مراد ، لأن العجف محركا : ذهاب السمن كما فى القاموس ، فلا يضر أصل الهزال كما علم مما قدمناه ، ولذا قيدت فى حديث الموطإ « والعجفاء التى لا تنقى » (قوله والعرجاء) أى التى لا يمكنها المشى برجلها العرجاء إنما تمشى بثلاث قوائم ، حتى لو كانت تضع الرابعة على الأرض وتستعين بها جاز عناية (قوله إلى المنسك) بكسر السين والقياس الفتح (قوله ومقطوع أكثر الأذن الخ) فى البدائع : لو ذهب بعض الأذن أو الألية أو الذنب أو العين . ذكر فى الجامع الصغير إن كان كثيرا يمنع ، وإن يسيرا لا يمنع :

واختلاف أصحابنا فى الفاصل بين القليل والكثير ؟ فعن أبى حنيفة أربع روايات . روى محمد عنه فى الأصل والجامع الصغير أن المانع ذهاب أكثر من الثلث ، وعنه أنه الثلث ، وعنه أنه الربع ، وعنه أن يكون الذاهب أقل

مجازا ، وإنما يعرف بتقريب العلف (أو) أكثر (الألية) لأن للأكثر حكم الكل بقاء وذهابا فيكفى بقاء الأكثر ، وعليه الفتوى مجتبى (ولا بالهتماء) التى لاأسنان لها ، ويكفى بقاء الأكثر ، وقيل ما تعتلف به (والسكاء) التى لاأذن لها خلقة فلو لها أذن صغيرة خلقة أجزأت زيلعى (والجذاء) مقطوعة رؤوس ضرعها أو يابستها ، ولا الجدعاء : مقطوعة الأنف ، ولا المصرمة أطباؤها : وهى التى عولجت حتى انقطع لبنها ،

من الباقى أو مثله اه بالمعنى والأولى هى ظاهر الرواية ، وصححها فى الخانية حيث قال : والصحيح أنه الثلث ، وما دونه قليل ، وما زاد عليه كثير وعليه الفتوى اه ومشى عليها فى مختصر الوقاية والإصلاح . والرابعة هى قولهما قال فى الهداية . وقالا : إذا بقى الأكثر من النصف أجزأه ، وهو اختيار الفقيه أبى الليث . وقال أبو يوسف : أخبرت بقولى أبا حنيفة فقال قولى هو قولك . قيل هو رجوع منه إلى قول أبى يوسف ، وقيل معناه قولى قريب من قولك . وفى كون النصف مانعا روايتان عنهما اه . وفى البزازية : وظاهر مذهبهما أن النصف كثير اه . وفى غاية البيان : ووجه الرواية الرابعة وهى قولهما وإليها رجع الإمام أن الكثير من كل شىء أكثره ، وفى النصف تعارض الجانبان اه أى فقال بعدم الجواز احتياطا بدائع ، وبه ظهر أن مافى المتن كالهداية والكنز والملتقى هو الرابعة ، وعليها الفتوى كما يذكره الشارح عن المجتبى ، وكأنهم اختاروها لأن المتبادر من قول الإمام السابق هو الرجوع عما هو ظاهر الرواية عنه إلى قولهما والله تعالى أعلم .

وفى البزازية : وهل تجمع الخروق فى أذنى الأضحية ؟ اختلفوا فيه . قلت : وقدم الشارح فى باب المسح على الخفين أنه ينبغى الجمع احتياطا (قوله مجازا) من إطلاق السبب أو الملزوم وإرادة المسبب أو اللازم (قوله وإنما يعرف الخ) قال فى الهداية : ومعرفة المقدار فى غير العين متيسرة . وفى العين قالوا : تشد المعيبة بعد أن لاتعتلف الشاة يوما أو يومين ثم يقرب العلف إليها قليلا قليلا فإذا رأته من موضع أعلم عليه ثم تشد الصحيحة وقرب إليها العلف كذلك فإذا رأته من مكان أعلم عليه ثم ينظر إلى تفاوت مابينهما ، فإن كان ثلثا فالذاهب هو الثلث وإن نصفا فالنصف اه (قوله الألية) بفتح الهمزة كسجدة وجمعه كما فى القاموس أليات وألايا (قوله وقيل ماتعتلف به) هو وما قبله روايتان حكاهما فى الهداية عن الثانى ، وجزم فى الخانية بالثانية ، وقال قبله : والتى لاأسنان لها وهى تعتلف أو لاتعتلف لاتجوز (قوله التى لاأذن لها خلقة) قال فى البدائع : ولا تجوز مقطوعة إحدى الأذنين بكمالها والتى لها أذن واحدة خلقة اه (قوله فلو لها أذن صغيرة خلقة أجزأت) وهذه تسمى صمعاء بمهملتين كما فى القاموس (قوله والجذاء الخ) هى بالجيم : التى يبس ضرعها ، وبالحاء : المقطوعة الضرع عينى وهى فى عدة نسخ بالذال المعجمة ولم يذكر فى القاموس شيئا من المعنيين ، نعم ذكر الجذ بالجيم القطع المستأصل وبالحاء خفة الذنب . وذكر الجداء بالجيم والدال المهملة الصغيرة الثدى ، والمقطوعة الأذن ، والذاهبة اللبن ، ومثله فى نهاية ابن الأثير . والذاهبة اللبن يأتى حكمها وفى الظهيرية : ولا بأس بالجداء ، وهى الصغيرة الأطباء جمع طبى : وهو الضرع (قوله ولا الجدعاء) بالجيم والدال والعين المهملتين ، وفى بعض النسخ بالذال المعجمة وهى تحريف وفى بعضها بالمعجمة والميم بعدها ولا يناسب تفسير الشارح وإن كان المعنى صحيحا لأن الأجذم مقطوع اليد أو الذاهب الأنامل قاموس ، وصرح فى الدرر بأن مقطوعة اليد أو الرجل لاتجوز (قوله ولا المصرمة أطباؤها) مصرمة كمعظمة ، من الصرم : وهو القطع ، والأطباء بالطاء المهملة جمع طبى بالكسر والضم : حلمات الضرع التى من خف وظلف وحافر وسبع قاموس ، وما رأيناه فى عدة نسخ بالظاء المعجمة تحريف (قوله وهى الخ) فسرها الزيلعى بالتى لاتستطيع أن ترضع فصيلها ، وهو تفسير بلازم المعنى ؛ لما فى القاموس : هى ناقة يقطع

ولا التى لا ألية لها خلقة مجتبى ، ولا بالخنثى لأن لحمها لاينضج شرح وهبانية ، وتمامه فيه (و) لا (الجلالة) التى تأكل العذرة ولا تأكل غيرها ؛

(ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع) كما مر (فعليه إقامة غيرها مقامها إن) كان (غنيا ، وإن) كان (فقيرا أجزأه ذلك) وكذا لوكانت معيبة وقت الشراء لعدم وجوبها عليه بخلاف الغنى ،ولايضر تعيبها من اضطرابها عند الذبح ، وكذا لو ماتت فعلى الغنى غيرها لا الفقير ،

أطباؤها ليبس الإحليل فلا يخرج اللبن ليكون أقوى لها ، وقد يكون من انقطاع اللبن بأن يصيب ضرعها شىء فيكون فينقطع لبنها اه . وفى الخلاصة : مقطوعة رؤوس ضروعها لاتجوز ، فإن ذهب من واحدة أقل من النصف فعلى ماذكرنا من الخلاف فى العين والأذن . وفى الشاة والمعز إذا لم يكن لهما إحدى حلمتيهما خلقة أو ذهبت بآفة وبقيت واحدة لم يجز ، وفى الإبل والبقر إن ذهبت واحدة يجوز أو اثنتان لا اه وذكر فيها جواز التى لا ينزل لها لبن من غير علة ؛ وفى التاترخانية والشطور لاتجزى ، وهى من الشاة ماقطع اللبن عن إحدى ضرعيها ، ومن الإبل والبقر ماقطع من ضرعيها لأن لكل واحد منهما أربع أضرع (قوله ولا التى لا ألية لها خلقة) الشاة إذا لم يكن لها أذن ولا ذنب خلقة . قال محمد : لايكون هذا ولو كان لايجوز ، وذكر فى الأصل عن أبى حنيفة أنه يجوز خانية ثم قال : وإن كان لها ألية صغيرة مثل الذنب خلقة جاز أما على قول أبى حنيفة فظاهر لأن عنده لو لم يكن لها أذن أصلا ولا ألية جاز ، وأما على قول محمد صغيرة الأذنين جائزة ، وإن لم يكن لها ألية ولا أذن خلقة لايجوز (قوله لأن لحمها لاينضج) من باب سمع ؛ وبهذا التعليل اندفع ماأورده ابن وهبان من أنها لاتخلو إما أن تكون ذكرا أو أنثى ، وعلى كل تجوز (قوله ولا الجلالة الخ) أى قبل الحبس . قال فى الخانية : فإن كانت إبلا تمسك أربعين يوما حتى يطيب لحمها والبقر عشرين وللغنم عشرة (قوله ولا تأكل غيرها) أفاد أنها إذا كانت تخلط تجزى ط ؛

[تتمة] تجوز التضحية بالمجبوب العاجز عن الجماع ، والتى بها سعال ، والعاجزة عن الولادة لكبر سنها ، والتى لها كى ، والتى لالسان لها فى الغنم خلاصة : أى لاالبقر لأنه يأخذ العلف باللسان والشاة بالسن كما فى القهستانى عن المنية ، وقيل إن انقطع من اللسان أكثر من الثلث لايجوز ؛

أقول : وهو الذى يظهر قياسا على الأذن والذنب بل أولى لأنه يقصد بالأكل ، وقد يخل قطعه بالعلف تأمل وفى البدائع : وتجزى الشرقاء مشقوقة الأذن طولا والخرقاء : مثقوبة الأذن ، والمقابلة ماقطع من مقدم أذنها شىء وترك معلقا ، والمدابرة : مافعل ذلك بمؤخر الأذن من الشاة ، والنهى الوارد محمول على الندب ، وفى الخرقاء على الكثير على الاختلاف فى حد الكثير على مابينا اه بدائع ، وتجوز الحولاء : مافى عينها حول ، والمجزوزة التى جز صوفها خانية ، وقدمنا أن ماجوز هنا جوز مع الكراهة لأنه خلاف المستحب (قوله كما مر) أى كالموانع التى مرت ط (قوله وإن فقيرا أجزأه ذلك) لأنها إنما تعينت بالشراء فى حقه ، حتى لو أوجب أضحية على نفسه بغير عينها فاشترى صحيحة ثم تعيبت عنده فضحى بها لايسقط عنه الواجب لوجوب الكاملة عليه كالموسر زيلعى (قوله وكذا لو كانت معيبة وقت الشراء) أى وبقى العيب ، فإن زال أجزأت الغنى أيضا ؛ قال فى الخانية : ولو كانت مهزولة عند الشراء فسمنت بعده جاز (قوله ولا يضر تعيبها من اضطرابها الخ) وكذا لو تعيبت فى هذه الحالة وانفلتت ثم أخذت من فورها ، وكذا بعد فورها عند محمد خلافا لأبى يوسف لأنه حصل بمقدمات الذبح زيلعى (قوله فعلى الغنى غيرها لاالفقير) أى ولو كانت الميتة منذورة بعينها لما فى البدائع أن المنذورة لو هلكت أو ضاعت تسقط التضحية بسبب النذر ، غير أنه إن كان موسرا تلزمه أخرى بإيجاب الشرع ابتداء لابالنذر ،

ولو ضلت أو سرقت فشرى أخرى فظهرت فعلى الغنى إحداهما وعلى الفقير كلاهما شمنى :

(وإن مات أحد السبعة) المشتركين في البدنة (وقال الورثة اذبحوا عنه وعنكم صح) عن الكل استحسانا لقصد القربة من الكل ، ولو ذبحوها بلا إذن الورثة لم يجزهم لأن بعضها لم يقع قربة (وإن كان شريك الستة نصرانيا أو مريدا اللحم لم يجز عن واحد) منهم لأن الإراقة لا تتجزأ هداية لما مر :

ولو معسرا لاشيء عليه أصلا اهـ (قوله ولو ضلت أو سرقت الخ) مستدرك بما قدمه في الفروع على مافي أغلب النسخ (قوله فظهرت) أى في أيام النحر زيلعى ، وقدمنا مفهومه عن البدائع (قوله فعلى الغنى إحداهما) أى على التفصيل المار ، من أنه لو ضحى بالأولى أجزأه ولا يلزمه شيء ولو قيمتها أقل ، وإن ضحى بالثانية وقيمتها أقل تصدق بالزائد . قال في البدائع إلا إذا ضحى بالأولى أيضا فتسقط الصدقة لأنه أدى الأصل في وقته فيسقط الخلف (قوله شمنى) ومثله في التبيين ، وتمامه فيه (قوله وقال الورثة) أى الكبار منهم نهاية (قوله لقصد القربة من الكل) هذا وجه الاستحسان : قال في البدائع لأن الموت لايمنع التقرب عن الميت بدليل أنه يجوز أن يتصدق عنه ويحج عنه ، وقد صح « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين أحدهما عن نفسه والآخر عمن لم يذبح من أمته » وإن كان منهم من قدمات قبل أن يذبح اهـ لأن له صلى الله عليه وسلم ولاية عليهم إتقانى . قال في النهاية : وعلى هذا إذا كان أحدهم أم ولد ضحى عنها مولاها أو صغيرا ضحى عنه أبوه (قوله لأن بعضها لم يقع قربة) فكذا الكل لعدم التجزى كما يأتى :

[فرع] من ضحى عن الميت يصنع كما يصنع في أضحية نفسه من التصدق والأكل والأجر للميت والملك للذابح : قال الصدر : والمختار أنه إن بأمر الميت لايأكل منها وإلا يأكل بزازية ، وسيذكره في النظم (قوله وإن كان شريك الستة نصرانيا الخ) وكذا إذا كان عبدا أو مدبرا يريد الأضحية لأن نيته باطلة لأنه ليس من أهل هذه القربة فكان نصيبه لحما فمنع الجواز أصلا بدائع :

[تنبيه] قد علم أن الشرط قصد القربة من الكل ، وشمل مالو كان أحدهم مريدا للأضحية عن عامه وأصحابه عن الماضى تجوز الأضحية عنه ونية أصحابه باطلة وصاروا متطوعين ، وعليهم التصدق بلحمها وعلى الواحد أيضا لأن نصيبه شائع كما في الخانية ، وظاهره عدم جواز الأكل منها تأمل ، وشمل مالو كانت القربة واجبة على الكل أو البعض اتفقت جهاتها أولا : كأضحية وإحصار وجزاء صيد وحلق ومتعة وقران خلافا لزفر ، لأن المقصود من الكل القربة ، وكذا لو أراد بعضهم العقيقة عن ولد قد ولد له من قبل لأن ذلك جهة التقرب بالشكر على نعمة الولد ذكره محمد ولم يذكر الوليمة . وينبغى أن تجوز لأنها تقام شكرا لله تعالى على نعمة النكاح ووردت بها السنة ، فإذا قصد بها الشكر أو إقامة السنة فقد أراد القربة : وروى عن أبى حنيفة أنه كره الاشتراك عند اختلاف الجهة ، وأنه قال لو كان من نوع واحد كان أحب إلى ، وهكذا قال أبو يوسف بدائع :

واستشكل في الشرنبلالية الجواز مع العقيقة بما قالوا من أن وجوب الأضحية نسخ كل دم كان قبلها من العقيقة والرجبية والعتيرة ، وبأن محمدا قال في العقيقة من شاء فعل ومن شاء لم يفعل : وقال في الجامع : ولا يعق والأول يشير إلى الإباحة والثانى إلى الكراهة الخ :

أقول : فيه نظر ، لأن المراد لايعق على سبيل السنية بدليل كلامه الأول ؛ وقد ذكر في غرر الأفكار أن العقيقة مباحة على مافي جامع المحبوبى أو تطوع على مافي شرح الطحاوى اهـ ومامر يؤيد أنها تطوع : على أنه وإن قلنا إنها مباحة لكن بقصد الشكر تصير قربة ، فإن النية تصير العادات عبادات والمباحات طاعات (قوله لأن الإراقة لاتتجزأ إلى قوله ينابيع) وجد على هامش نسخة الشارح بخطه وسقط من بعض النسخ (قوله لما مر) أى

[فروع] ولو أن ثلاثة نفر اشترى كل واحد منهم شاة للأضحية أحدهم بعشرة والآخر بعشرين والآخر بثلاثين وقيمة كل واحدة مثل ثمنها فاختلطت حتى لايعرف كل واحد شاته بعينها واصطلحوا على أن يأخذ كل واحد منهم شاة يضحى أجزأتهم ، ويتصدق صاحب الثلاثين بعشرين وصاحب العشرين بعشرة ولا يتصدق صاحب العشرة بشيء ، وإن أذن كل واحد منهم أن يذبحها عنه أجزأته ولا شيء عليه ، كما لو ضحى أضحية غيره بغير أمره ينابيع :

(ويأكل من لحم الأضحية

من أن بعضها لم يقع قربة (قوله فروع) جمعها نظرا إلى صورتى المسألة وماقاسها عليه تأمل (قوله اشترى كل واحد منهم شاة) وأوجب كل منهم شاته تاترخانية ، وبه يظهر وجه لزوم التصدق الآتى (قوله وقيمة كل واحدة مثل ثمنها) فلو أزيد أو أنقص تصدق باعتباره فيما يظهر ط (قوله حتى لايعرف كل شاته) بأن كانوا فى ظلمة مثلا ، وإلا فعدم التمييز والحالة ماذكر بعيد كما قاله ط (قوله ويتصدق صاحب الثلاثين بعشرين الخ) لاحتمال أنه ذبح مااشتريت بعشرة وكذا صاحب العشرين ، فيتصدق بعشرة ليبرأ كل منهما يقينا عما أوجبه ، وأما صاحب العشرة فأياذبح برىء يقينا (قوله أجزأته) لأنه يصير كل من ذبح منهم شاة غيره وكيلا عن صاحبها (قوله كما لو ضحى أضحية غيره بغير أمره) ذكر المسألة فى التاترخانية عن الينابيع بدون هذه الزيادة ، ولا يظهر التشبيه إلا بإسقاط لفظة غير تأمل (قوله ويأكل من لحم الأضحية الخ) هذا فى الأضحية الواجبة والسنة سواء إذا لم تكن واجبة بالنذر ، وإن وجبت به فلا يأكل منها شيئا ولا يطعم غنيا سواء كان الناذر غنيا أو فقيرا لأن سبيلها التصدق وليس للمتصدق ذلك ، ولو أكل فعليه قيمة ماأكل زيلعى ، وأراد بالأضحية السنة أضحية الفقير فإنه صرح بأنها تقع منه سنة قبيل قول الكنز ، ويضحى بالجماء لكنه خلاف مافى النهاية من أنها لاتقع منه واجبة ولا سنة بل تطوعا محضا ، وكذا صرح فى البدائع أنها تكون تطوعا وهى أضحية المسافر والفقير الذى لم يوجد منه النذر بها ولا الشراء للأضحية لإنعدام سبب الوجوب وشرطه ، فالظاهر أنه أراد بالسنة التطوع تأمل . ثم ظاهر كلامه أن الواجبة على الفقير بالشراء له الأكل منها . وذكر أبو السعود أن شراءه لها بمنزلة النذر فعليه التصدق بها اه .

أقول : التعليل بأنها بمنزلة النذر مصرح به فى كلامهم ، ومفاده ماذكر .

وفى التاترخانية : سئل القاضى بديع الدين عن الفقير إذا اشترى شاة لها هل يحل له الأكل ؟ قال نعم . وقال القاضى برهان الدين لايحل اه فتأمل .

ثم اعلم أن هذا كله فيما إذا ذبحها فى أيام النحر بدليل ماقدمناه عن الخانية أنه إذا أوجب شاة بعينها أو اشتراها ليضحى بها فمضت أيام النحر تصدق بها حية ولايأكل منها لانتقال الواجب من الإراقة إلى التصدق وإن لم يوجب ولم يشتر وهو موسر تصدق بالقيمة اه وقدمنا أن مفاد كلامهم أن الغنى له الأكل من المنذورة إذا قصد بنذره الإخبار عن الواجب عليه ، فالمراد بالنذر فى كلام الزيلعى هنا النذر ابتداء .

والحاصل أن التى لايؤكل منها هى المنذورة ابتداء والتى وجب التصدق بعينها بعد أيام النحر والتى ضحى بها عن الميت بأمره على المختار كما قدمناه عن البزازية .

والواجبة على الفقير بالشراء على أحد القولين المارين والذى ولدته الأضحية كما قدمناه عن الخانية والمشتركة بين سبعة نوى بعضهم بحصته القضاء عن الماضى كما قدمناه آنفا عن الخانية أيضا ، فهذه كلها سبيلها التصدق

ويؤكل غنيا ويدخر ، وندب أن لاينقص التصدق عن الثلث) :
وندب تركه لذى عيال توسعة عليهم (وأن يذبح بيده إن علم ذلك وإلا) يعلمه (شهدها) بنفسه ويأمر غيره بالذبح كى لا يجعلها ميتة :
(وكره ذبح الكتابى) وأما المجوسى فيحرم لأنه ليس من أهله درر (ويتصدق بجلدها أو يعمل منه نحو غربال وجراب) وقربة وسفرة ودلو (أو يبدله بما ينتفع به باقيا) كما مر (لا بمستهلك كخل ولحم ونحوه) كدراهم (فإن بيع اللحم أو الجلد به) أى بمستهلك (أو بدراهم تصدق بثمنه) ومفاده صحة البيع مع الكراهة ، وعن الثانى باطل لأنه كالوقف مجتبى :
(ولا يعطى أجر الجزار منها) لأنه كبيع ،

على الفقير فاغتنم هذا التحرير ، ويأتى فى كلام الشارح أيضا بعض مسائل من هذا القبيل (قوله ويؤكل غنيا ويدخر) لقوله عليه الصلاة والسلام بعد النهى عن الإدخار « كلوا وأطعموا وادخروا » الحديث رواه الشيخان وأحمد (قوله وندب الخ) قال فى البدائع : والأفضل أن يتصدق بالثلث ويتخذ الثلث ضيافة لأقربائه وأصدقائه ويدخر الثلث . ويستحب أن يأكل منها ، ولو حبس الكل لنفسه جاز لأن القربة فى الإزاقة والتصدق باللحم تطوع (قوله وندب تركه) أى ترك التصدق المفهوم من السياق (قوله لذى عيال) غير موسع الحال بدائع (قوله شهدها بنفسه) لما روى الكرخى بإسناده إلى عمران بن الحصين قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « قومى يا فاطمة فاشهدى أضحيتك فإنه يغفر لك بأول قطرة من دمها كل ذنب عملته وقولى - إن صلاتى ونسكى ومحياى ومماتى لله رب العالمين لا شريك له - » إتقانى (قوله كى لا يجعلها ميتة) علة لعدم ذبحها بيده المفهوم من قوله شهدها ويأمر غيره (قوله وكره ذبح الكتابى) أى بالأمر لأنها قربة ، ولاينبغى أن يستعان بالكافر فى أمور الدين ، ولو ذبح جاز لأنه من أهل الذبح بخلاف المجوسى إتقانى وقهستانى وغيرهما ، وظاهر كلام الزيلعى وغيره عدم الكراهة لو كان بأمره ، وبه صرح مسكين مستدلا عليه بقول الكافى :
ولو أمر المسلم كتابيا بأن يذبح أضحيته جاز ، وكره بدون أمره ، لكن نقل أبو السعود عن الحموى أن بعضهم ذكر أن عبارة الكافى على خلاف ما نقل عنه . وفى الجوهرة : فإذا ذبحها للمسلم بأمره أجزأه ويكره (قوله وأما المجوسى فيحرم) لأنه ليس من أهله درر كذا فى بعض النسخ (قوله ويتصدق بجلدها) وكذا بجلالها وقلائدها فإنه يستحب إذا أوجب بقرة أن يجللها ويقلدها ، وإذا ذبحها تصدق بذلك كما فى التاترخانية (قوله بما ينتفع به باقيا) لقيامه مقام المبدل فكأن الجلد قائم معنى بخلاف المستهلك (قوله كما مر) أى فى أضحية الصغير وفى بعض النسخ : بما مر أى من قوله نحو غربال الخ (قوله فإن بيع اللحم أو الجلد به الخ) أفاد أنه ليس له بيعهما بمستهلك وأن له بيع الجلد بما تبقى عينه ، وسكت عن بيع اللحم به للخلاف فيه :
ففى الخلاصة وغيرها : لو أراد بيع اللحم ليتصدق بثمنه ليس له ذلك ، وليس له فيه إلا أن يطعم أو يأكل اه والصحيح كما فى الهداية وشروحها أنهما سواء فى جواز بيعهما بما ينتفع بعينه دون ما يستهلك ، وأيده فى الكفاية بما روى ابن سماعة عن محمد : لو اشترى باللحم ثوبا فلا بأس بلبسه اه :
[فروع] فى القنية : اشترى بلحمها مأكولا فأكله لم يجب عليه التصدق بقيمته استحسانا ، وإذا دفع اللحم إلى فقير بنية الزكاة لا يحسب عنها فى ظاهر الرواية ، لكن إذا دفع لغنى ثم دفع إليه بنيتها يحسب قهستانى (قوله تصدق بثمنه) أى وبالدراهم فيما لو أبدله بها (قوله ومفاده صحة البيع) هو قول أبى حنيفة ومحمد بدائع لقيام الملك والقدرة على التسليم هداية (قوله مع الكراهة) للحديث الآتى (قوله لأنه كبيع) لأن كلا منهما معاوضة ،

واستفيدت من قوله عليه الصلاة والسلام « من باع جلد أضحيته فلا أضحية له » هداية.

(وكره جز صوفها قبل الذبح) لينتفع به ، فإن جزه تصدق به ، ولايركبها ولا يحمل عليها شيئا ولايؤجرها فإن فعل تصدق بالأجرة حاوى الفتاوى لأنه التزم إقامة القربة بجميع أجزائها (بخلاف ما بعده) لحصول المقصود مجتبى (ويكره الانتفاع بلبنها قبله) كما فى الصوف ، ومنهم من أجازهما للغنى لوجوبهما فى الذمة فلا تتعين زيلعى.

(ولو غلط اثنان وذبح كل شاة صاحبه) يعنى عن نفسه على ما دل عليه قوله غلط أو لم يغلطا فيكون كل واحد وكيلا عن الآخر دلالة هداية قاله ابن الكمال ، وظاهر كلام صدر الشريعة وغيره وتوهمه عن صاحبه

لأنه إنما يعطى الجزار بمقابلة جزره والبيع مكروه فكذا ما فى معناه كفاية (قوله واستفيدت الخ) كذا فى بعض النسخ والضمير للكراهة ، لكن صاحب الهداية ذكر ذلك الحديث فى البيع ، ثم قال بعد قوله ولا يعطى أجر الجزار منها لقوله عليه الصلاة والسلام لعلى رضى الله عنه « تصدق بجلالها وخطامها ولاتعط أجر الجزار منها شيئا» والنهى عنه نهى عن البيع أيضا لأنه فى معنى البيع اهـ. ولا يخفى أن فى كل من الحديثين دلالة على المطلوب من الموضعين (قوله فإن جزه تصدق به إلى قوله حاوى الفتاوى) يوجد فى بعض النسخ : وقوله فإن فعل تصدق بالأجرة : أى فيما لو آجرها ، وأما إذا ركبها أو حمل عليها تصدق بما نقصته كما فى الخلاصة.

وفى الدر المنتقى عن الظهيرية : وعمل الجلد جرابا وأجره لم يجز وعليه التصدق بالأجرة (قوله لأنه التزم إقامة القربة بجميع أجزائها) فيه أن القربة تتأدى بالإراقة فهى تقوم بها لابغيرها فكيف يكره منح ، ويأتى دفعه قريبا (قوله ويكره الانتفاع بلبنها) فإن كانت التضحية قريبة ينضح ضرعها بالماء البارد وإلا حلبه وتصدق به كما فى الكفاية (قوله لوجوبها فى الذمة فلا تتعين) والجواب أن المشتراة للأضحية متعينة للقربة إلى أن يقام غيرها مقامها فلا يحل له الانتفاع بها ما دامت متعينة ولهذا لايحل له لحمها إذا ذبحها قبل وقتها بدائع ، ويأتى قريبا أنه يكره أن يبدل بها غيرها فيفيد التعين أيضا ، وبه اندفع ما مر عن المنح فتدبر (قوله ولو غلط اثنان الخ) قال الإتقانى : قوله غلط شرط ، لما فى نوادر ابن سماعة عن محمد : لو تعمد فذبح أضحية رجل عن نفسه لم يجز عن صاحبها وفى الغلط جاز عن صاحبها ولايشبه العمد الغلط ، ولو ضمنه قيمتها فى العمد جازت عن الذابح.

وفى الإملاء قال محمد : لو ذبحها متعمدا عن صاحبه يوم النحر ولم يأمره جاز أيضا استحسانا لأنها هيئت للذبح اهـ (قوله وذبح كل شاة صاحبه) يعنى شاة الأضحية ، وكان الأولى التعبير به كما فى الكنز والهداية ليفيد أنها لو لم تكن للأضحية تكون مضمونة عليه شرنبلالية (قوله يعنى عن نفسه) صرح به فى البدائع وغيرها ، فلو نواها ، عن صاحبه مع ظنه أنها أضحية لنفسه هل تقع عن المالك أيضا ؟ الظاهر نعم ، ولم أره فليراجع (قوله على ما دل عليه قوله غلط) لأنه يفيد أنه ظن كونها شاته فلايذبحها إلا عن نفسه عادة (قوله أو لم يغلطا) من هنا إلى قوله عن صاحبه يوجد فى بعض النسخ ولفظة أو لم يغلطا سبق قلم إذ لا وجود لها فى كلام غيره ، وقوله فيكون كل واحد وكيلا عن الآخر دلالة هداية كان ينبغى ذكره عقب قوله صح استحسانا.

وعبارة الهداية : وجه الاستحسان أنها تعينت للذبح لتعينها للأضحية ، حتى وجب عليه أن يضحى بها فى أيام النحر أى لو كان المضحى فقيرا نهاية . ويكره أن يبدل بها غيرها أى إذا كان غنيا نهاية ، فصار المالك مستعينا بكل من يكون أهلا للذبح آذنا له دلالة اهـ ، فقوله هداية نقل لحاصل المعنى ، وقوله قاله ابن الكمال فيه أنه لم ينقله ابن الكمال عن الهداية ، ولعل ضمير قاله زائد ومقول القول ما بعده وهو قوله وظاهر كلام

(صح) استحسانا (بلا غرم) ويتحالان ولو أكلا ولم يعرفا ثم عرفا هداية ، وإن تشاحا ضمن كل لصاحبه قيمة لحمه وتصدق بها .

قلت : وفى أوائل القاعدة الأولى من الأشباه : لو شراها بنية الأضحية فذبحها غيره بلا إذنه ، فإن أخذها مذبوحة ولم يضمنه أجزأته ، وإن ضمنه لا تجزئه ، وهذا إذا ذبحها عن نفسه. أما إذا ذبحها عن مالكها فلا ضمان

صدر الشريعة وغيره وقوعه عن صاحبه ، لكنه يوهم أن ابن الكمال ذكره فى شرحه مع أنه ذكره فى منهواته على الهامش .

ثم إن ما ذكر أنه ظاهر كلام صدر الشريعة هو المصرح به فى كتب المذاهب . وقال ط : أهل المذهب إلا زفر أجمعوا على أنها تقع عن المالك للإذن دلالة (قوله صح استحسانا بلا غرم) أى صح عن صاحبه ، فتقع كل أضحية عن مالكها كما علمت فيأخذ كل منهما مسلوخته وقدمنا وجه الاستحسان . وأما القياس وهو قول زفر فهو أنه يضمن له قيمتها لأنه ذبح شاة غيره بغير إذنه (قوله ويتحالان) أى إن كانا قد أكلا ثم علما فليحلل كل منهما صاحبه هداية (قوله وإن تشاحا) أى عن التحليل (قوله وتصدق بها) لأنها بدل عن اللحم فصار كما لو باعه ، لأن التضحية لما وقعت عن صاحبه كان اللحم له ، ومن أتلف لحم أضحية غيره فالحكم فيه ما ذكرنا هداية .

أقول : ومقتضى قوله لأنها بدل عن اللحم الخ أن التضمين لقيمة اللحم لا لقيمتها حية ولذا وقعت عن المالك .

بقى شىء وهو أن قول المصنف السابق بلا غرم وكذا قول الهداية ولا ضمان عليهما وقولهم لأنه صار ذابحا لإذن دلالة يفيد أنه لو أراد كل تضمين صاحبه قيمتها لم يكن له ذلك . وفى البدائع ما يخالفه حيث قال : لو تشاحا وأدى كل منهما الضمان عن نفسه تقع الأضحية له وجازت عنه لأنه ملكها بالضمان اه فعلى هذا لكل منهما الخيار بين تضمين صاحبه وتكون ذبيحة كل أضحية عن نفسه وبين عدم التضمين فتكون ذبيحة كل أضحية عن صاحبه ، ويحمل قولهم بلا غرم على ما إذا رضى كل بفعل الآخر تأمل (قوله قلت الخ) لما كانت المسألة السابقة فيما إذا غلط الذابح وذبح عن نفسه أراد أن يبين ما إذا تعمد ذبح أضحية بلا أمره صريحا فذبح عن نفسه أو عن المالك وقدمناه ملخصا عن الإتقانى (قوله أجزأته) أى أجزأت الشارى عن التضحية لأنه قد نواها فلا يضره ذبحها غيره على ما بيننا زيلعى (قوله وإن ضمنه الخ) أى ضمنه الشارى قيمتها لا تجزى الشارى وتجوز عن الذابح لأنه ظهر أن الإراقة حصلت على ملكه زيلعى (قوله وهذا) أى وقوعها عن المالك إن لم يضمن الذابح وعدم وقوعها عنه بل عن الذابح إن ضمنه (قوله أما إذا ذبحها الخ) قال فى الشرنبلالية عن منية المفتى : وإذا ذبح أضحية الغير ناويا مالكها بغير أمره جاز ولا ضمان عليه اه وهذا استحسان لوجود الإذن دلالة كما فى البدائع .

قال فى التاترخانية : أطلق المسألة فى الأصل وقيدها فى الأجناس بما إذا أضجعها صاحبها للأضحية : وفى الغياثية : والأول هو المختار اه أى للاكتفاء بالنية عند الشراء فتعينت لها كما قدمناه قبل صفحة واستفيد منه أنه لو كانت غير معينة لا تجزى وضمن .

قال فى الخانية : اشترى خمس شياه فى أيام الأضحية وأراد أن يضحى بواحدة منها إلا أنه لم يعينها فذبح رجل واحدة منها يوم الأضحى بنية صاحبها بلا أمره ضمن اه .

والذى تحرر فى هذا المحل أنه لو غلط فذبح أضحية غيره عن نفسه فالمالك بالخيار إن ضمنه وقعت عن الذابح وإلا فعن المالك على ما قدمناه عن البدائع ، وكذا لو تعمد وذبحها عن نفسه ، وعليه فلا فرق بينهما وتأمله مع

عليه اه فراجعه (كما) يصح (لو ضحى بشاة الغصب) إن ضمنه قيمتها حية ؛ كما إذا باعها وكذا لو أتلفها ضمن لصاحبها قيمتها هداية لظهور أنه ملكها بالضمان من وقت الغصب (لا الوديعة وإن ضمنها) لأن سبب ضمانه هنا بالذبح والملك يثبت بعد تمام السبب وهو الذبح فيقع فى غير ملكه :

قلت : ويظهر أن العارية كالوديعة والمرهونة كالمغصوبة لكونها مضمونة بالدين ، وكذا المشتركة فليراجع :

[فروع] لون أضحيته عليه الصلاة والسلام سوداء :

ما قدمنا عن الإتقانى أن العمد لايشبه الغلط . وأما لو ذبحها عن المالك وقعت عن المالك ، وهل له الخيار أيضا ؟ لم أره ، والظاهر نعم والله تعالى أعلم (قوله كما يصح) أى عن الذابح (قوله إن ضمنه قيمتها حية لظهور الخ) كذا فى النسخ الصحيحة ، وفى بعض النسخ زيادة يجب إسقاطها إذ لا معنى لها هنا سوى قوله كما إذا باعها أى فإنه يصح البيع إذا ضمنه المالك لوقوع الملك مستندا ، وأفاد أن المالك له أخذها مذبوحة: قال فى البدائع : غصب شاة فضحى بها عن نفسه لا تجزئه لعدم الملك ولا عن صاحبها لعدم الإذن ، ثم إن أخذها صاحبها مذبوحة وضمنه النقصان فكذلك لا تجوز عنهما وعلى كل أن يضحى بأخرى ، وإن ضمنه قيمتها حية تجزئ عن الذابح لأنه ملكها بالضمان من وقت الغصب بطريق الاستناد فصار ذابحا شاة هى ملكه فتجزيه ولكنه يأثم لأن ابتداء فعله وقع محظورا فيلزمه التوبة والاستغفار اه :

أقول : ولا يخالف هذا ما مر عن الأشباه والزيلعى من أنه إن ضمنه وقعت عن الذابح وإلا فعن المالك لأن ذاك فيما إذا أعدها صاحبها للأضحية فيكون الذابح مأذونا دلالة كما مر تقريره وهنا فى غيره ، ولذا عبروا هنا بشاة الغصب ولم يعبروا بأضحية الغير فافهم (قوله لظهور الخ) علة لتقييد الصحة بالضمان . وفى القهستانى : وقيل إنما يجوز إذا أدى الضمان فى أيام النحر . وعن أبى يوسف وزفر أنه لايصح (قوله فيقع فى غير ملكه) بخلاف الغصب لظهور الملك فيه مستندا كما مر ، ولصدر الشريعة هنا بحث مذكور مع جوابه فى المنح (قوله قلت ويظهر الخ) قال فى الشرنبلالية : المراد بالوديعة كل شاة كانت أمانة كما فى الفيض عن الزندويستى اه ح وفى البدائع : وكل جواب عرفته فى الوديعة فهو الجواب فى العارية والإجارة بأن استعار ناقة أو ثورا أو بعيرا أو استأجره فضحى به أنه لا يجزيه عن الأضحية سواء أخذها المالك ، أو ضمنه القيمة لأنها أمانة فى يده وإنما يضمنها بالذبح فصار كالوديعة اه . وزاد فى الخلاصة والبزازية والقهستانى عن النظم: المستبضع والمرتهن والوكيل بشراء الشاة والوكيل بحفظ ماله إذا ضحى بشاة موكله والزوج أو الزوجة إذا ضحى بشاة صاحبه بلا إذنه (قوله والمرهونة كالمغصوبة) مخالف لما فى الظهيرية من أنها كالوديعة ، وكذا لما قدمناه عن الخلاصة وغيرها ، لكن فى التاترخانية عن الصيرفية : إذا ضحى المرتهن بالشاة المرهونة لايجوز . وقال القاضى جمال الدين: يجوز ولو ضحى بها الراهن يجوز اه خانية :

وفى البدائع : ولو كان مرهونا ينبغى أن يجوز لأنه يصير ملكا له من وقت القبض كما فى الغصب بل أولى، ومن المشايخ من فصل فقال : إن كان قدر الدين يجوز ، وإن أكثر ينبغى أن لا يجوز لأن بعضه مضمون وبعضه أمانة ، فنى قدر الأمانة إنما يضمنه بالذبح فيكون بمنزلة الوديعة اه (قوله وكذا المشتركة) يعنى أنها أمانة لظهور أن نصيب شريكه أمانة فى يده اه ح أى فلا تجزى كالوديعة ، ولا يخفى أن المراد شاة واحدة مشتركة ، بخلاف شاتين بين رجلين ضحيا بهما فإنه يجوز كما يذكره قريبا (قوله لون أضحيته عليه الصلاة والسلام سوداء) فيه حمل العين على العرض اه ح . وأجاب ط بأنه أنثه نظرا للمضاف إليه :

نذر عشر أضحيات لزمه ثنتان لمجيء الأثر بها خانية ، والأصح وجوب الكل لإيجابه ما لله من جنسه إيجاب شرح وهبانية :

قلت : ومفاده لزوم النذر بما ضمن جنسه واجب اعتقادى أو اصطلاحى قاله المصنف فليحفظ :

أقول : وما ذكره من أنها سوداء مبنى على ما فهمه ابن الشحنة من كلام ابن وهبان فى شرحه أوقعه فيه التحريف ، والصواب أنها بيضاء كما نبه عليه الشرنبلالى ، وسنذكر كلامه عند النظم ، ويؤيده مافى الهداية : قد صح « أن النبى صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين أملحين موجوءين » اه والوجاء على وزن فعال : نوع من الخصاء كما قدمناه :

واختلف فى الأملح ، ففى أبى السعود عن فتح البارى لابن حجر : هو الذى بياضه أكثر من سواده ويقال هو الأغبر وهو قول الأصمعى وزاد الخطابى : هو الذى فى خلال صوفه طبقات سود ، ويقال الأبيض الخالص قاله ابن الأعرابى ، وبه تمسك الشافعية في تفضيل الأبيض فى الأضحية ، وقيل الذى يعلوه حمرة وقيل الذى ينظر فى سواد ويأكل فى ســـواد ويمشى فى سواد ويبرك فى سواد : أى إن مواضع هذه منه سواد وما عداه أبيض اه :

أقول : وفى البدائع : أفضل الشاء أن يكون كبشا أملح أقرن موجوءا والأقرن : العظيم القرن : والأملح : الأبيض اه وظاهره أن المراد الأبيض الخالص فيوافق قول الشافعية ، وفسره فى العناية والكفاية بالأبيض الذى فيه شعرات سود وهو كذلك فىالقاموس ، ويمكن حمل ما فى البدائع عليه (قوله لزمه ثنتان) عبارة الخانية قالوا: لزمه ثنتان (قوله مجيء الأمر بهما) الذى فى الخانية وغيرها الأثر بالثاء المثلثة ، وهوكذلك في بعض النسخ والمراد به ما روى « أن النبى صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين أملحين » قال الشرنبلالى فى شرحه : قد يقال لما بين عليه الصلاة والسلام أن أحدهما عنه وعن آله والآخر عن أمته لم يقض بثنتين على شخص بالسنية (قوله والأصح وجوب الكل) كذا صححه فى الظهيرية :

ونقل فى التاترخانية عن الصدر الشهيد أنه الظاهر وسيأتى فى النظم ، فيلزمه أن يضحى بالعشر فى أيام النحر وبعدها يتصدق بها حية لو كانت معينة كما يؤخذ مما مر متنا :

قال الشرنبلالى فى شرحه : وأقول فى صحة إلزامه بثنتين أو بعشر تأمل : والذى يظهر لى أنه مثل إلزامه على نفسه الظهر عشرا فلايلزمه غير ما أوجبه تعالى ، لأن نذر ذات الواجب وتعدده ليس صحيحا نعم لنذر مثله كقوله لله على ذبح عشر شياه وقت كذا يصح ويلغو ذكر الوقت ، وتقدم في الحج : لوقال لله تعالى علىّ حجة الإسلام مرتين لايلزمه شيء غير المشروع مع أن الحج نفلا مشروع ولكن لايسمى حجة الإسلام ، وكذلك الأضحية لم تشرع لازمة إلا واحدة فنذر تعددها إلزام غير المشروع وجوبا فلا يلزم فليتأمل اه :

أقول وبالله تعالى التوفيق إن كتب المذهب طافحة بصحة النذر بالأضحية من الغنى والفقير ، وقدمنا أن الغنى إذا قصد بالنذر الإخبار عن الواجب عليه وكان فى أيام النحر لزمه واحدة وإلا فثنتان :

ثم لا يخفى أن الأضحية اسم لشاة مثلا تذبح فىأيام النحر واجبة كانت أوتطوعا ، فإذا نذر أضحية لم تنصرف إلى الواجبة عليه ما لم ينو بالنذر الإخبار ، كما إذا قال لله علىّ حجة ، وعليه حجة الإسلام : قال الزيلعى : يلزمه أخرى إلا إذا عنى به الواجب عليه اه ، فإذا نذر عشر أضحيات لم يحتمل الإخبار عن الواجب أصلا كما قدمناه عن البدائع من أن الغني لو نذر قبل أيام النحر أن يضحي شاة لزمه شاتان إحداهما بالنذر والأخرى بالغنى لعدم

غنيم بين رجلين ضحيا بها جاز ؛ بخلاف العتق لصحة قسمة الغنم لا الرقيق .

ضحى بثنتين فالأضحية كلاهما ، وقيل الزائد لحم ؛ والأفضل الأكثر قيمة ، فإن استويا فالأكثر لحما ، فإن استويا فأطيبهما ، ولو ضحى بالكل فالكل فرض كأركان الصلاة ، فإن الفرض منها ما ينطلق الاسم عليه ، فإذا طوّلها يقع الكل فرضا مجتبى :

شرى أضحية وأمر رجلا بذبحها فقال تركت التسمية عمدا لزمه قيمتها ليشترى الآمر بها أخرى ويضحى ، ويتصدق ولا يأكل

احتمال الصيغة الإخبار عن الواجب إذ لاوجوب قبل الوقت ، وكذا لو نذر وهو فقير ثم استغنى وهنا كذلك لعدم وجوب العشر فتلزمه العشر لأنها عبادة من جنسها واجب ، بخلاف ما لو قال : لله عليّ حجة الإسلام مرتين لأن حجة الإسلام اسم للفعل المخصوص على سبيل الفرضية فإذا قال مرة أو مرتين لايلزمه لأن المرة لازمة قبل النذر والثانية لا يمكن جعلها حجة الإسلام التى هى فرض العمر ، ومثله نذر رمضان مرة أو مرتين ، فالفرق بين الأضحية التى تطلق على الواجب والتطوع كالصوم والصلاة والحج وبين حجة الإسلام كصوم رمضان وصلاة الظهر أظهر من الشمس ، وحيث علمت أن الأضحية اسم لما يذبح فى وقت مخصوص لم يكن فيها إلغاء الوقت ، فإذا نذرها يلزم فعلها فيه وإلا لم يكن آتيا بالمنذور لأنها بعدها لا تسمى أضحية ولذا يتصدق بها حية إذا خرج وقتها كما قدمناه ، بخلاف ما إذا نذر ذبح شاة فى وقت كذا يلغو ذكر الوقت لأنه وصف زائد على مسمى الشاة ولذا ألغى علماؤنا تعيين الزمان والمكان ، بخلاف الأضحية فإن الوقت قد جعل جزءا من مفهومها فلزم اعتباره ، ونظير ذلك ما لونذر هدى شاة فإنهم قالوا إنما يخرجه عن العهدة ذبحها فى الحرم والتصدق بها هناك مع أنهم قالوا لو نذر التصدق بدرهم على فقراء مكة له التصدق على غيرهم ، وما ذاك إلا لكون الهدى إسما لما يهدى إلى مكة ويتصدق به فيها ، فقد جعل المكان جزءا من مفهومه كالزمان فى الأضحية فإذا تصدق به فى غير مكة لم يأت بما نذره ، بخلاف ما لو نذر التصدق بالدرهم فيها فإن المكان لم يجعل جزءا من مفهوم الدرهم فإن الدرهم درهم سواء تصدق به فى مكة أو غيرها بخلاف الهدى ، فقد ظهر وجه تصحيح العشر ووجه لزوم ذبحها فى أيام النحر فاغتنم هذه الفائدة الجليلة ، التى هى من نتائج فكرتى العليلة ؛ فإنى لم أرها فى كتاب ، والحمد لله الملك الوهاب (قوله غنيم) الذى فى المنح وغيرها شاتان (قوله بخلاف العتق الخ) أى لو كان عبدان بين رجلين عليهما كفارتان فأعتقاهما عن كفارتيهما لا يجوز ، لأن الأنصباء تجتمع فى الشاتين لا الرقيق بدليل جريان الجبر فى قسمة الغنم دون الرقيق بدائع (قوله فالأضحية كلاهما) قال فى الخلاصة : ولوضحى بأكثر من واحدة فالواحدة فريضة والزيادة تطوع عند عامة العلماء : وقال بعضهم لحم ، والمختار أنه يجوز كلاهما اه :

وفى التاترخانية عن المحيط أنه الأصح (قوله وقيل الزائد لحم) أى ولا يصير أضحية تطوعا خانية (قوله والأفضل الخ) أى الأكثر ثوابا ، وقدمنا الكلام عليه (قوله ولو ضحى بالكل الخ) الظاهر أن المراد لو ضحى ببدنة يكون الواجب كلها لا سبعها بدليل قوله فى الخانية : ولو أن رجلا موسرا ضحى ببدنة عن نفسه خاصة كان الكل أضحية واجبة عند عامة العلماء وعليه الفتوى اه مع أنه ذكر قبله بأسطر لوضحى الغنى بشاتين فالزيادة تطوع عند عامة العلماء ، فلا ينافى قوله كان الكل أضحية واجبة ، ولا يحصل تكرار بين المسألتين فافهم ، ولعل وجه الفرق أن التضحية بشاتين تحصل بفعلين منفصلين وإراقة دمين فيقع الواجب إحداهما فقط والزائدة تطوع بخلاف البدنة فإنها بفعل واحد وإراقة واحدة فيقع كلها واجبا ، هذا ما ظهر لى (قوله فالكل فرض) أى عملى ح (قوله ولا يأكل) ظاهره ولو كان غنيا مع تصريحهم بأنها واجبة فى ذمته غير متعينة عليه ، حتى جاز

لو أيام النحر باقية وإلا تصدق بقيمتها على الفقراء خانية . وفيها أراد التضحية فوضع يده مع يد القصاب فى الذبح وأعانه على الذبح سمى كل وجوبا ، فلو تركها أحدهما أو ظن أن تسمية أحدهما تكفى حرمت ، وهى تصلح لغزا فيقال : أى شاة لا تحل بالتسمية مرة بل لابد أن يسمى عليها مرتين ؟ وقد نظمه شيخنا الخير الرملى فقال :

أى ذبح لا بد للحل فيه أن يثنى بذكر ذى التنزيه
فأجب عنه بالقريض فانا لا نراه نثرا ولا نرتضيه

فقلت فى الجواب :

خذ جوابا نظما كما تبتغيه من فقيه مرويه عن فقيه
هى شاة فى ذبحها اشترك اثنا ن فتكرار الذكر شرط كما ترويه
ذاك ذبح قصابه وضع اليد مع الصاحب الذى يرتجيه
فعلى كل واحد منهما أن يذكر الله جل عن تشبيه

وفى الوهبانية وشرحها قال :

ولو ذبحا شاة معا ثم واحد أخل بهسم الله فالشاة تهجر

له أن يبدلها بغيرها مع الكراهة ط (قوله لو أيام النحر باقية) مرتبط بقوله ليشترى وما بعده (قوله وإلا) بأن مضت أيام النحر لا يشترى بالقيمة غيرها لأن الإراقة عهدت قربة فى أيام النحر كما قدمناه (قوله خانية) وكذا فى الذخيرة والخلاصة وغيرهما ، ونظمها ابن وهبان وابن الشحنة ، ولم أر من ذكر وجه عدم الأكل منها ؛ ولايقال إن أخذ قيمتها كبيعها لأنه ليس بدل أضحية إذ هى ميتة ، على أنه كان يلزمه التصدق بالدراهم كما لو باع لحم أضحيته كما مر ، فالظاهر أنها منذورة فليتأمل (قوله فلو تركها) أى التسمية المفهومة من سمى (قوله وقد نظمه شيخنا الخ) قد نظمه أيضا المصنف فى منحه سؤالا وجوابا لكنه ارتكب فيه ضرورات لا ترتكب مع ما فيه من اختلال النظم فى بعض الأبيات (قوله أن يثنى) مبنى للمجهول والجار والمجرور نائب الفاعل (قوله بالقريض) أى الشعر (قوله فقلت فى الجواب الخ) الشطر الأول والبيت الثانى بتمامه من نظم صاحب المنح ، والباقى من نظم الخير الرملى ، فإنه قال بعد نظمه السؤال السابق وقلت فى الجواب :

خذ جوابا لا نقد يوجد فيه من فقيه مرويه عن فقيه
ذاك ذبح قصابه وضع اليــــد مع الصاحب الذى يرتجيه

(قوله فعلى كل واحد الخ) وبه ظهر أن الشارح ليس له من الجواب سوى التلفيق من كلام المصنف وكلام شيخه إن لم يكن من الموارده (قوله هى شاة الخ) يوجد فى بعض النسخ بعد هذا البيت بيت آخر وهوذاك ذبح إلى آخر البيت المار عن الرملى ، ولو اقتصر عليه لكان أنسب ، لأن قوله هى شاة الخ غير موزون ، ولئلا يستدرك قوله فعلى كل واحد الخ لأنه لم يفد شيئا زائداً على ما أفاده (قوله هى شاة الخ) بل لو اقتصر الشارح فى الجواب على البيت الأول والثانى وأبدل قوله شرط كما ترويه الذى اختل به النظم بقوله شرط نعيه أو شرط فيه لا استقام الوزن وأغناه عما بعده ، وكأنه قصد ذكر الجواب مرتين ، لأن البيت الأول مع الثانى جواب والبيت الثالث الذى فى بعض النسخ مع الرابع جواب أيضا (قوله وفى الوهبانية وشرحها) ليس فى هذه الأبيات من نظم ابن وهبان بلا تغيير سوى البيت الثانى والأخير ، وما عداهما تصرف فيه ابن الشحنة وأصلحه

وإن يشترى منها ثلاثا ثلاثة وأشكل فالتوكيل بالذبح يذكر
وكيل شراء الشاة للعنز إن شرى يصح خلاف العكس والقود يحسر
ولو قال سوداء فغير صح لا إذا كان فى قرناء عينا يغير
بشنتين ممن ينذر العشر ألزموا وتصحيح إيجاب الجميع محرر
وعن ميت بالأمر ألزم تصدقا وإلا فكل منها وهذا المخير
ومن مال طفل فالصحيح سقوطها وعن أبه فى حقه وهو أظهر
وواهب شاة راجع بعد ذبحها فيجزئ من ضحى عليها ويؤجر

(قوله وإن يشترى) بإثبات حرف العلة للضرورة (قوله منها) أى من الشاة أو الأضاحى (قوله وأشكل) بأن اختلطت ولم يتميز ما لكل (قوله فالتوكيل الخ) قال ابن الفضل: ينبغى أن يوكل كل واحد أصحابه بالذبح؛ حتى لو ذبح شاة لنفسه جاز ، ولو ذبح عن غيره بأمره جاز أيضا اه شارح (قوله يذكر) الذى فى الوهبانية يحسر بالحاء المهملة ، ويجوز فيه الفتح والضم ، من حسر عن ذراعيه إذا كشف اه شارح (قوله للعنز) اللام للتقوية وهى الداخلة على معمول تقدم على عامله وهو هنا شرى ، مثل - إن كنتم للرؤيا تعبرون - (قوله يصح) لأن الشاة اسم جنس يتناول الضأن والمعز شارح عن الظهيرية (قوله خلاف العكس) أى ولو وكله بشراء عنز فاشترى شاة من الضأن لايلزم الآمر شارح عن الخانية (قوله والقود يحسر) أى لو استأجر الوكيل بشراء الأضحية من يقودها بدرهم لم يلزم الآمر ظهيرية اه ط (قوله ولو قال سوداء) بالمد والتنوين للضرورة ، والضمير فى كان للقول ، وقرناء بالمد وعينا بالقصر . والأقرن : العظيم القرن . والأعين : ما عظم سواد عينيه فى سعة . قال فى الشرنبلالى: والبيت من الظهيرية :

وكله بشراء بقرة سوداء للأضحية فاشترى بيضاء أو حمراء أو بلقاء وهى التى اجتمع فيها السواد والبياض لزم الآمر وإن وكله بشراء كبش أقرن أعين للأضحية فاشترى أجم ليس أعين لايلزم الآمر ؛ لأن هذا مما يرغب للأضحية فخالف أمره . قال الناظم : ينبغى أنه إذا أمره بشراء بيضاء فاشترى سوداء أن لايقع للآمر .

قلت : وهذا هو الصواب وقد أسقط الكاتب لا النافية من نسخة المصنف وتبعه الشارح ابن الشحنة يرشد إليه قول الناظم لأن لون أضحية رسول الله صلى الله عليه وسلم كان أبيض ولأنه أحسن الألوان فينبغى أن يكون أفضل ، ولما روى عن مولاة ورقة بنت سعد أنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « دم عفراء أزكى عند الله من دم سوداء » وقال أبو هريرة رضى الله عنه : دم بيضاء أزكى عند الله من دم سوداء اه فالدليل يخالف مدعاه بإسقاط لا النافية لأن البياض أزكى من غيره ، والعفراء أزكى من السوداء فكيف يلزم بالآمر مع المخالفة اه ملخصا (قوله بشنتين) متعلق بالزموا ، وقدمنا الكلام عليه فى الفروع (قوله وعن ميت) أى لو ضحى عن ميت وارثه بأمره ألزمه بالتصدق بها وعدم الأكل منها ، وإن تبرع بها عنه له الأكل لأنه يقع على ملك الذابح والثواب للميت ، ولهذا لو كان على الذابح واحدة سقطت عنه أضحيته كما فى الأجناس. قال الشرنبلالى: لكن فى سقوط الأضحية عنه تأمل اه .

أقول : صرح فى فتح القدير فى الحج عن الغير بلا أمر أنه يقع عن الفاعل فيسقط به الفرض عنه وللآخر الثواب فراجعه (قوله وهذا المخير) أى المختار كما قدمناه عن البزازية سابقا (قوله ومن مال طفل الخ) حاصله أن الصحيح عدم وجوبها فى مال الطفل ، ولا يجب على الأب فى حق طفله أن يضحى عنه من مال نفسه فى ظاهر الرواية كما مر مبسوطا ، وقوله وعن أبه بلا ياء على لغة النقص (قوله وواهب شاة الخ) أى لو وهبه شاة فضحى

كتاب الحظر والإباحة

مناسبته ظاهرة : والحظر لغة : المنع والحبس. وشرعا : ما منع من استعماله شرعا ، والمحظور ضد المباح ، والمباح ما أجيز المكلفين فعله وتركه بلا استحقاق ثواب وعقاب ، نعم يحاسب عليه حسابا يسيرا اختيار :
(كل مكروه)

بها ثم رجع الواهب صح الرجوع فى ظاهر الرواية وأجزأت الذابح شارح :
[خاتمة] يستحب لمن ولد له ولد أن يسميه يوم أسبوعه ويحلق رأسه ويتصدق عند الأئمة الثلاثة بزنة شعره فضة أو ذهبا ثم يعق عند الحلق عقيقة إباحة على ما فى الجامع المحبوبى ، أو تطوعا على ما فى شرح الطحاوى ، وهى شاة تصلح للأضحية تذبح للذكر والأنثى سواء فرق لحمها نيئا أوطبخه بحموضة أو بدونها مع كسر عظمها أولا واتخاذ دعوة أولا ، وبه قال مالك . وسنها الشافعى وأحمد سنة مؤكدة شاتان عن الغلام وشاة عن الجارية غرر الأفكار ملخصا ، والله تعالى أعلم :

كتاب الحظر والإباحة

كذا ترجم فى الخانية والتحفة ، وترجم فى الجامع الصغير والهداية بالكراهية ، وفى المبسوط والذخيرة بالاستحسان ، فإن مسائل هذا الكتاب من أجناس مختلفة فلقب بذلك لما يوجد فى عامة مسائله من الكراهية والحظر والإباحة والاستحسان كما فى النهاية ، وترجم بعضهم بكتاب الزهد والورع لأن فيه كثيرا من المسائل أطلقها الشرع ، والزهد والورع تركها ، وفى أبى السعود عن طلبة الطلبة : الاستحسان استخراج المسائل الحسان وهو أشبه ما قيل فيه ، أما القياس والاستحسان المذكوران فى جواب مسائل الفقه فبيانها فى الأصول (قوله مناسبته ظاهرة) فى بعض النسخ مناسبتها والأولى أولى ، وهى كما فى شروح الهداية كون عامة مسائل كل منه ومن الأضحية لم تخل من أصل وفرع ترد فيه الكراهة ، وعلى ترجمة المصنف يقال يرد فيه الحظر أو الإباحة ،ولما ذكرت المناسبة بين الأضحية وما قبلها كانت الأضحية واقعة فى محلها ، فلا يرد أن هذه المناسبة لا تفيد وجه ذكر هذا الكتاب عقب الأضحية ، ولا يرد أن هذا الكتاب له مناسبة بكل كتاب فافهم (قوله والحظر لغة المنع والحبس) قال الله تعالى ـ وماكان عطاء ربك محظوراً ـ أى ما كان رزق ربك محبوساً عن البر والفاجر جوهرة ، والإباحة الإطلاق زيلعى (قوله وشرع الخ) أشار إلى أن المراد هنا بالمصدر اسم المفعول ، فلا يرد أن ما ذكره تعريف للمحظور والمباح لا للحظر والإباحة تأمل (قوله والمحظورضد المباح) أل فى المحظور للعهد أى المحظور الشرعى الذى ذكرنا أنه ما منع من استعماله شرعا ضد للمباح ، ولا ينافى ذلك أن للمباح ضدا آخر وهو الواجب ، إذ ليس مراده بذلك تعريفه بما ذكر لأنه قدم تعريفه كما علمت : وبه اندفع ما يقال إنه تعريف بالأعم لأنه كما يصدق على المكروه والحرام يصدق على الواجب : وليس تعريفه الخاص ما ثبت حظره بدليل قطعى بل ما ذكره الشارح من أنه ما منع من استعماله شرعاً ليشمل ما ثبت بظنى فافهم (قوله والمباح ما أجيز للمكلفين فعله وتركه) كذا فى المنح . والذى فى الجوهرة : ما خير المكلف بين فعله وتركه (قوله بلا استحقاق) استحقه : استوجبه قاموس : ويطلق على جزاء العبد من ثواب أو عقاب أنه يستحقه بفضل الله وعدله (قوله نعم يحاسب عليه حسابا يسيرا) لايقال إن ذلك عذاب ، بدليل ما ورد « من نوقش الحساب عذب » لأن المناقشة الاستقصاء فى الحساب كما فى القاموس (قوله كل مكروه) يقال : كرهت الشىء أكرهه كراهة

أى كراهة تحريم (حرام) أى كالحرام فى العقوبة بالنار (عند محمد) وأما المكروه كراهة تنزيه فإلى الحل أقرب اتفاقا (وعندهما) وهو الصحيح المختار ، ومثله البدعة والشبهة (إلى الحرام أقرب) فالمكروه تحريما (نسبته إلى الحرام كنسبة الواجب إلى الفرض) فيثبت بما يثبت به الواجب يعنى بظنى الثبوت، ويأثم بارتكابه كما يأثم بترك الواجب ، ومثله السنة المؤكدة :

وفى الزيلعى فى بحث حرمة الخيل : القريب من الحرام ما تعلق به محذور دون استحقاق العقوبة بالنار ، بل العتاب كترك السنة المؤكدة ، فإنه لايتعلق به عقوبة النار ، ولكن يتعلق به الحرمان عن شفاعة النبى المختار صلى الله عليه وسلم ، لحديث « من ترك سنتى لم ينل شفاعتى » فترك السنة المؤكدة قريب من الحرام ، وليس بحرام اه :

وكراهية فهو كريه ومكروه صحاح . والكراهة : عدم الرضا . وعند المعتزلة : عدم الإرادة ، فتفسير المطرزى لها فى المغرب بعدم الإرادة ميل إلى مذهبه كما أفاد أبو السعود (قوله أى كراهة تحريم) وهى المرادة عندالإطلاق كما فى الشرع ، وقيده بما إذاكان فى باب الحظر والإباحة اه بيرى (قوله حرام) أى يريد به أنه حرام : قال فى الهداية إلا أنه لما لم يجد فيه نصاً قاطعاً لم يطلق عليه لفظ الحرام اه فإذا وجد نصاً يقطع القول بالتحريم أو التحليل ، وإلا قال فى الحل لا بأس وفى الحرمة أكره إتقانى (قوله أى كالحرام الخ) كذا قال القهستانى ، ومقتضاه أنه ليس حرام حقيقة عنده بل هو شبيه به من جهة أصل العقوبة فى النار وإن كان عذابه دون العذاب على الحرام القطعى ، وهو خلاف مااقتضاه ذكر الاختلاف بينه وبين الشيخين وتصحيح قولهما ، نعم هو موافق لما حققه المحقق ابن الهمام فى تحرير الأصول من أن قول محمد إنه حرام فيه نوع من التجوز للاشتراك فى استحقاق العقاب ، وقولهما على سبيل الحقيقة للقطع بأن محمدا لا يكفر جاحد الواجب والمكروه كما يكفر جاحد الفرض والحرام فلا اختلاف بينه وبينهما فى المعنى كما يظن اه وأيده شارحه ابن أمير حاج بما ذكره محمد فى المبسوط أن أبا يوسف قال لأبى حنيفة : إذا قلت فى شىء أكرهه فما رأيك فيه ؟ قال التحريم ، ويأتى فيه أيضاً ما فى لفظ محمد للقطع أيضاً بأن أبا حنيفة لا يكفر جاحد المكروه اه وعلى هذا فالاختلاف فى مجرد صحة الإطلاق ، ويأتى تمام الكلام عليه قريباً (قوله فإلى الحل أقرب) بمعنى أنه لا يعاقب فاعله أصلا ، لكن يثاب تاركه أدنى ثواب تلويح ، وظاهره أنه ليس من الحلال ، ولا يلزم من عدم الحل الحرمة ولا كراهة التحريم ، لأن المكروه تنزيها كما فى المنح مرجعه إلى ترك الأولى . والفاصل بين الكراهتين كما فى القهستانى والمنح عن الجواهر : إن كان الأصل فيه الحرمة ، فإن سقطت لعموم البلوى فتنزيه كسؤر الهرة ، وإلا فتحريم كلحم الحمار ، وإن كان حكم الأصل الإباحة وعرض ما أخرجه عنها ، فإن غلب على الظن وجود المحرم فتحريم كسؤر البقرة الجلالة وإلا فتنزيه كسؤر سباع الطير (قوله مثله البدعة والشبهة) الذى يفيده كلام القهستانى أن البدعة مرادفة للمكروه عند محمد والشبهة مرادفة للمكروه عندهما (قوله نسبته) أى من حيث الثبوت ، وقوله فيثبت الخ بيان لها لكن فى اقتصاره على ظنى الثبوت قصور فى العبارة :

بيان ذلك أن الأدلة السمعية أربعة ، الأول قطعى الثبوت والدلالة كنصوص القرآن المفسرة أوالمحكمة والسنة المتواترة التى مفهومها قطعى الثانى قطعى الثبوت ظنى الدلالة كالآيات المؤولة الثالث عكسه كأخبار الآحاد التى مفهومها قطعى الرابع ظنيهما كأخبار الآحاد التى مفهومها ظنى ، فبالأول يثبت الافتراض والتحريم ، وبالثانى والثالث الإيجاب وكراهة التحريم ؛ وبالرابع تثبت السنية والاستحباب (قوله وفى الزيلعى الخ) بيان للمراد من

(الأكل) للغذاء والشرب للعطش ولو من حرام أو ميتة أو مال غيره وإن ضمنه (فرض) يثاب عليه بحكم الحديث ، ولكن (مقدار ما يدفع) الإنسان (الهلاك عن نفسه) ومأجور عليه (و) هو مقدار ما (يتمكن

الإثم فى قوله ويأثم بارتكابه الخ ؛ وما فى الزيلعى موافق لما فى التلويح حيث قال : معنى القرب إلى الحرمة أنه يتعلق به محذور دون استحقاق العقوبة بالنار ؛ وترك السنة المؤكدة قريب من الحرم يستحق حرمان الشفاعة اهـ .

ومقتضاه أن ترك السنة المؤكدة مكروه تحريما لجعله قريبا من الحرام ؛ والمراد بها سنن الهدى كالجماعة والأذان والإقامة فإن تاركها مضلل ملوم كما فى التحرير والمراد الترك على وجه الإصرار بلا عذر ولذا يقاتل المجمعون على تركها لأنها من أعلام الدين ، فالإصرار على تركها استخفاف بالدين فيقاتلون على ذلك ذكره فى المبسوط ، ومن هنا قيل لايكون قتالهم عليها دليلا على وجوبها أو تمامه فى شرح التحرير تأمل ، ثم إن ما ذكر هنا من استحقاقه محذورا دون العقوبة بالنار مخالف لما قدمه الشارح آنفا وجزم به ابن الهمام فى التحرير من أنه يستحق العقوبة بالنار ، إلا أن يقال ما مر خاص بقول محمد بناء على أن المكروه عنده من الحرام ، وما هنا على قولهما بأنه إلى الحرام أقرب ، وهذ يفيد أن الخلاف ليس لفظياً وهو خلاف ما قدمناه عن التحرير ولذا نقل أبو السعود عن المقدسى أن حاصل الخلاف أن محمدا جعله حراما لعدم قاطع بالحل ، وجعلاه حلالا لأنه الأصل فى الأشياء ولعدم القاطع بالحرمة اهـ ولا تنافى الكراهة الحل لما فى القهستانى عن خلع النهاية ، كل مباح حلال بلا عكس كالبيع عند النداء فإنه حلال غير مباح لأنه مكروه اهـ .

وفى التلويح : ماكان تركه أولى فمع المنع عن الفعل بدليل قطعى حرام ، وبظنى مكروه تحريماً ، وبدون منع مكروه تنزيها ، وهذا على رأى محمد ، وعلى رأيهما ما تركه أولى ، فمع المنع حرام ، وبدونه مكروه تنزيها لو إلى الحل أقرب ؛ وتحريما لو إلى الحرام أقرب اهـ . فأفاد أنه ممنوع عن فعله عنده لا عندهما ؛ وبه يظهر مساواته للسنة المؤكدة على رأيهما فى اتحاد الجزاء بحرمان الشفاعة ؛ والمراد والله تعالى أعلم الشفاعة برفع الدرجات أو بعدم دخول النار لا الخروج منها ، أو حرمان مؤقت ، أو أنه يستحق ذلك ، فلاينافى وقوعها ؛ وبه اندفع ما أورد أنه ليس فوق مرتكب الكبيرة فى الجرم ، وقد قال عليه الصلاة والسلام « شفاعتى لأهل الكبائر من أمتى » كما ذكره حسن جلبى فى حواشى التلويح ؛ وتمامه فى حواشينا على المنار (قوله الأكل للغذاء الخ) وكذا ستر العورة وما يدفع الحر والبرد شرنبلالية (قوله ولو من حرام) فلو خاف الهلاك عطشا وعنده خمر له شربه قدر ما يدفع العطش إن علم أنه يدفعه بزازية ويقدم الخمر على البول تاترخانية ؛ وسيأتى تمام الكلام فيه (قوله أو ميتة) عطف خاص على عام (قوله وإن ضمنه) لأن الإباحة للاضطرار لا تنافى الضمان .

وفى البزازية : خاف الموت جوعاً ومع رفيقه طعام أخذ بالقيمة منه قدر ما يسد جوعته ، وكذا يأخذ قدر مايدفع العطش ؛ فإن امتنع قاتله بلا سلاح ؛ فإن خاف الرفيق الموت جوعاً أو عطشاً ترك له البعض ؛ وإن قال له آخر اقطع يدى وكلها لايحل ، لأن لحم الإنسان لايباح فى الاضطرار لكرامته (قوله يثاب عليه الخ) قال فى الشرنبلالية عن الاختيار : قال صلى الله عليه وسلم « إن الله ليؤجر فى كل شىء حتى اللقمة يرفعها العبد إلى فيه » فإن ترك الأكل والشرب حتى هلك فقد عصى ؛ لأن فيه إلقاء النفس إلى التهلكة وإنه منهى عنه فى محكم التنزيل اهـ بخلاف من امتنع عن التداوى حتى مات إذ لا يتيقن بأنه يشفيه كما فى الملتقى وشرحه

به من الصلاة قائما و) من (صومه) مفاده جواز تقليل الأكل بحيث يضعف عن الفرض ، لكنه لم يجز كما فى الملتقى وغيره ؛

قلت : وفى المبتغى بالغين : الفرض بقدر ما يندفع به الهلاك ويمكن معه الصلاة قائما اه فتنبه (ومباح إلى الشبع لتزيد قوته ، وحرام) عبر فى الخانية بيكره (وهو ما فوقه) أى الشبع وهو أكل طعام غلب على ظنه أنه أفسد معدته ، وكذا فى الشرب قهستانى (إلا أن يقصد قوة صوم الغد أو لئلا يستحى ضيفه) أو نحو ذلك ؛ ولا تجوز الرياضة بتقليل الأكل حتى يضعف عن أداء العبادة ، ولا بأس بأنواع الفواكه وتركه أفضل . واتخاذ الأطعمة سرف ، وكذا وضع الخبز فوق الحاجة .

(قوله مفاده الخ) أى مفاد قوله ومأجور عليه ، فإن ظاهره أنه مندوب وبه صرح فى متن الملتقى فيفيد جواز الترك (قوله كما فى الملتقى) هو ما يذكره قريبا حيث قال : ولا تجوز الرياضة بتقليل الأكل حتى يضعف عن أداء العبادة (قوله قلت الخ) تأييد لقوله لم يجز (قوله فتنبه) إشارة إلى المؤاخذة على المصنف وعلى ما ذكره فى الملتقى أولا (قوله ومباح) أى لا أجر ولا وزر فيه ، فيحاسب عليه حسابا يسيرا لو من حل ، لما جاء : « أنه يحاسب على كل شىء إلا ثلاثا : خرقة تستر عورتك ، وكسرة تسد جوعتك ، وجحر يقيك من الحر والقر » وجاء « حسب ابن آدم لقيمات يقمن صلبه ولا يلام على كفاف » در منتقى (قوله إلى الشبع) بكسر الشين وفتح الباء وسكونها : ما يغذيه ويقوى بدنه قهستانى (قوله وحرام) لأنه إضاعة للمال وإمراض للنفس : وجاء « ماملأ ابن آدم وعاء شرا من البطن ، فإن كان ولابد فثلث للطعام وثلث للماء وثلث للنفس ، وأطول الناس عذابا أكثرهم شبعا » در منتقى ؛

[تتمة] قال فى تبيين المحارم : وزاد بعضهم مرتبتين أخريين مندوب ، وهو مايعينه على تحصيل النوافل وتعليم العلم وتعلمه . ومكروه : وهو مازاد على الشبع قليلا ولم يتضرر به ورتبة العابد التخيير بين الأكل المندوب والمباح وينوى به أن يتقوى به على العبادة فيكون مطيعا ، ولا يقصد به التلذذ والتنعم فإن الله تعالى ذم الكافرين بأكلهم للتمتع والتنعم . وقال — والذين كفروا يتمتعون ويأكلون كما تأكل الأنعام والنار مثوى لهم — وقال عليه الصلاة والسلام « المسلم يأكل فى معى واحد والكافر فى سبعة أمعاء » رواه الشيخان وغيرهما ، وتخصيص السبعة للمبالغة والتكثير ، قيل هو مثل ضربه عليه الصلاة والسلام للمؤمن وزهده فى الدنيا وللكافر وحرصه عليها ، فالمؤمن يأكل بلغة وقوتا والكافر يأكل شهوة وحرصا طلبا للذة ، فهذا يشبعه القليل وذاك لايشبعه الكثير اه (قوله عبر فى الخانية بيكره) لعل الأوجه الأول لأنه إسراف ، وقد قال تعالى — ولا تسرفوا — وهو قطعى الثبوت والدلالة تأمل (قوله وهو أكل طعام الخ) عزاه القهستانى إلى أشربة الكرمانى وغيره . قال ط : وأفاد بذلك أنه ليس المراد بالشبع الذى تحرم عليه الزيادة مايعد شبعا شرعا كما إذا أكل ثلث بطنه (قوله إلا أن يقصد الخ) الظاهر أن الاستثناء منقطع بناء على ماذكره من التأويل ، فإنه إذا غلب على ظنه إفساد معدته كيف يسوغ له ذلك مع أنه لو خاف المرض يحل له الإفطار ، إلا أن يقال المراد إفساد لايحصل به زيادة إضرار تأمل ، وما ذكر استثناء من بعض المتأخرين كما أفاده فى التاترخانية (قوله أو لئلا يستحى ضيفه) أى الحاضر معه الآتى بعد ماأكل قدر حاجته قهستانى (قوله أو نحو ذلك) كما إذا أكل أكثر من حاجته ليتقايأه قال الحسن لابأس به قال : رأيت أنس بن مالك رضى الله عنه يأكل ألوانا من الطعام ويكثر ثم يتقايأ وينفعه ذلك خانية (قوله عن أداء العبادة) أى المفروضة قائما فلو على وجه لايضعفه فمباح در منتقى (قوله وتركه أفضل) كى لاتنقص درجته ، ويدخل تحت قوله تعالى — أذهبتم طيباتكم فى حياتكم الدنيا — والتصدق بالفضل أفضل تكثيرا للحسنات در منتقى (قوله واتخاذ الأطعمة سرف)

وسنة الأكل البسملة أوله والحمد له آخره ، وغسل اليدين قبله وبعده ، ويبدأ بالشباب قبله وبالشيوخ بعده ملتقى (وكره لحم الأتان) أى الحمارة الأهلية خلافا لمالك (ولبنها و) لبن (الجلالة) التى تأكل العذرة (و) لبن (الرمكة) أى الفرس وبول الإبل ، وأجازه أبو يوسف للتداوى (و) كره (لحمهما) أى لحم الجلالة والرمكة ، وتحبس الجلالة حتى يذهب نتن لحمها . وقدر بثلاثة أيام لدجاجة وأربعة لشاة ، وعشرة لإبل وبقر على الأظهر . ولو أكلت النجاسة وغيرها بحيث لم ينتن لحمها

إلا إذا قصد قوة الطاعة أو دعوة الأضياف قوما بعد قوم قهستانى (قوله وسنة الأكل الخ) فإن نسى البسملة فليقل بسم الله على أوله وآخره اختيار ، وإذا قلت بسم الله فارفع صوتك حتى تلقن من معك ، ولا يرفع بالحمد إلا أن يكونوا فرغوا من الأكل تاترخانية ، وإنما يسمى إذا كان الطعام حلالا ويحمد فى آخره كيفما كان قنية ط (قوله وغسل اليدين قبله) لنفى الفقر ولا يمسح يده بالمنديل ليبقى أثر الغسل وبعده لنفى اللمم ويمسحها ليزول أثر الطعام « وجاء أنه بركة الطعام » ولا بأس به بدقيق ، وهل غسل فمه للأكل سنة كغسل يده ، الجواب لا لكن يكره للجنب قبله ، بخلاف الحائض در منتقى ، ومثله فى التاترخانية (قوله ويبدأ) أى فى الغسل كما فى التاترخانية (قوله بالشباب قبله) لأنهم أكثر أكلا والشيوخ أقل در منتقى (قوله وبالشيوخ بعده) لحديث « ليس منا من لم يوقر كبيرنا » وهذا من التوقير ط .

[تتمة] يكره وضع المملحة والقصعة على الخبز ومسح اليد أو السكين به ولا يعلقه بالخوان ، ولا بأس بالأكل متكئا أو مكشوف الرأس فى المختار ، ومن الإسراف أن يأكل وسط الخبز ويدع حواشيه أو يأكل ماانتفخ منه إلا أن يكون غيره يأكل ماتركه فلا بأس به كمالو اختار رغيفا دون رغيف . ومن إكرام الخبز أن لاينتظر الإدام إذا حضر ، وأن لايترك لقمة سقطت من يده فإنه إسراف بل ينبغى أن يبتدئ بها . ومن السنة أن لايأكل من وسط القصعة فإن البركة تنزل فى وسطها ، وأن يأكل من موضع واحد لأنه طعام واحد ، بخلاف طبق فيه ألوان الثمار فإنه يأكل من حيث شاء لأنه ألوان ؛ بكل ذلك ورد الآثار ، ويبسط رجله اليسرى وينصب اليمنى ، ولا يأكل الطعام حارا ولا يشمه . وعن الثانى أنه لايكره النفخ فى الطعام إلا بماله صوت نحو أف وهو محمل النهى . ويكره السكوت حالة الأكل لأنه تشبه بالمجوس ويتكلم بالمعروف . وقال عليه الصلاة والسلام « من أكل من قصعة ثم لحسها تقول له القصعة أعتقك الله من النار كما أعتقتنى من الشيطان » وفى رواية أحمد « استغفرت له القصعة » ومن السنة البداءة بالملح والختم به بل فيه شفاء من سبعين داء ، ولعق القصعة وكذا الأصابع قبل مسحها بالمنديل وتمامه فى الدر المنتقى والبزازية وغيرهما (قوله الأهلية) بخلاف الوحشية فإنها ولبنها حلالان (قوله خلافا لمالك) وللخلاف لم يقل حرم منح أى فإنه دليل تعارض الأدلة (قوله ولبنها) لتولده من اللحم فصار مثله منح (قوله التى تأكل العذرة) أى فقط حتى أنتن لحمها قال فى شرح الوهبانية : وفى المنتقى : الجلالة المكروهة التى إذا قربت وجدت منها رائحة فلا تؤكل ولا يشرب لبنها . ولا يعمل عليها وتلك حالها ويكره بيعها وهبتها وتلك حالها ، وذكر البقالى أن عرقها نجس اهـ وقدمناه فى الذبائح (قوله ولبن الرمكة) قدم فى الذبائح عن المصنف أنه لابأس به على الأوجه لأنه ليس فى شربه تقليل آلة الجهاد ، وقدمنا هناك أن المعتمد أن الإمام رجع إلى قول صاحبيه بأن أكل لحمها مكروه تنزيها (قوله وأجازه أبو يوسف للتداوى) فى الهندية وقالا : لابأس بأبوال الإبل ولحم الفرس للتداوى كذا فى الجامع الصغير اهـ ط .

قلت : وفى الخانية أدخل مرارة فى أصبعه للتداوى روى عن أبى حنيفة كراهته ، وعن أبى يوسف عدمها ، وهو على الاختلاف فى شرب بول مايؤكل لحمه ، وبقول أبى يوسف أخذ أبو الليث اهـ (قوله على الأظهر) قال

حلت كما حل أكل جدى غذى بلبن خنزير لأن لحمه لا يتغير ، وما غذى به يصير مستهلكا لا يبقى له أثر .

(ولو سقى ما يؤكل لحمه خمرا فذبح من ساعته حل أكله ويكره) زيلعى وصيد شرح وهبانية .

(و) كره (الأكل والشرب والادهان والتطيب من إناء ذهب وفضة للرجل والمرأة) لإطلاق الحديث (وكذا) يكره (الأكل بملعقة الفضة والذهب والاكتحال بميلهما) وما أشبه ذلك من الاستعمال كمكحلة ومرآة وقلم ودواة ونحوها ؛ يعنى إذا استعملت ابتداء فيما صنعت له بحسب متعارف الناس وإلا فلا كراهة حتى لو نقل الطعام من إناء الذهب إلى موضع آخر أو صب الماء أو الدهن فى كفه لا على رأسه ابتداء ثم استعمله لا بأس به مجتبى وغيره ، وهو ما حرره فى الدرر فليحفظ

فى شرح الوهبانية عن التجنيس : وهو المختار على الظاهر ، لأن الظاهر أن طهارتهم تحصل بهذه المدة . وفى البزازية أن ذلك شرط فى التى لا تأكل إلا الجيف ؛ ولكنه جعل التقدير فى الإبل بشهر ، وفى البقر بعشرين ، وفى الشاة بعشرة . وقال : قال السرخسى : الأصح عدم التقدير ، وتحبس حتى تزول الرائحة المنتنة اه (قوله حلت) وعن هذا قالوا : لا بأس بأكل الدجاج لأنه يخلط ولا يتغير لحمه . وروى « أنه عليه الصلاة والسلام كان يأكل الدجاج » وما روى أن الدجاجة تحبس ثلاثة أيام ثم تذبح فذلك على سبيل التنزه زيلعى (قوله لأن لحمه لا يتغير الخ) كذا فى الذخيرة ، وهو موافق لما مر من أن المعتبر النتن ، لكن ذكر فى الخانية أن الحسن قال : لا بأس بأكله ، وأن ابن المبارك قال : معناه إذا اعتلف أياما بعد ذلك كالجلالة . وفى شرح الوهبانية عن القنية راقما أنه يحل إذا ذبح بعد أيام وإلا لا .

[فرع] فى أبى السعود : الزروع المسقية بالنجاسات لا تحرم ولا تكره عند أكثر الفقهاء (قوله حل أكله ويكره) ظاهره أن الكراهة تحريمية ، وعليه ينظر ما الفرق بينه وبين الجلالة التى تأكل النجاسة وغيرها والجدى (قوله للرجل والمرأة) قال فى الخانية : والنساء فيما سوى الحلى من الأكل والشرب والإدهان من الذهب والفضة والعقود بمنزلة الرجال ، ولا بأس لهن بلبس الديباج والحرير والذهب والفضة واللؤلؤ اه (قوله لإطلاق الحديث) هو ما روى عن حذيفة أنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لا تلبسوا الحرير ولا الديباج ولا تشربوا فى آنية الذهب والفضة ، ولا تأكلوا فى صحافها ، فإنها لهم فى الدنيا ولكم فى الآخرة » رواه البخارى ومسلم وأحمد ، وأحاديث أخر ساقها الزيلعى ؛ ثم قال : فإذا ثبت ذلك فى الشرب والأكل فكذا فى التطيب وغيره لأنه مثله فى الاستعمال (قوله وما أشبه ذلك الخ) ومنه الخوان من الذهب والفضة والوضوء من طست أو إبريق منهما ، والإستجمار بمجمرة منهما ، والجلوس على كرسى منهما ، والرجل والمرأة فى ذلك سواء تاترخانية (قوله ومرآة) قال أبو حنيفة : لا بأس بحلقة المرآة من الفضة إذا كانت المرآة حديدا . وقال أبو يوسف لا خير فيه تاترخانية (قوله يعنى الخ) هذه العناية من صاحب الدرر ويأتى الكلام فيها . وأما عبارة المجتبى وغيره فمن قوله لو نقل الطعام الخ (قوله مجتبى وغيره) كالنهاية والكفاية ، فقد نقلا عن شرح الجامع الصغير لصاحب الذخيرة مانصه : قيل صورة الادهان أن يأخذ آنية الذهب والفضة ويصب الدهن على الرأس ، أما إذا أدخل يده فيها وأخذ الدهن ثم صبه على الرأس من اليد فلا يكره اه . زاد فى التاترخانية وكذا أخذ الطعام من القصعة ووضعه على خبز وما أشبه ذلك ثم أكل لا بأس به اه .

قال فى الدرر : واعترض عليه بأنه يقتضى أن لا يكره إذا أخذ الطعام من آنية الذهب والفضة بملعقة ثم أكله منها ، وكذا لو أخذه بيده وأكله منها ينبغى أن لا يكره ، ثم قيل : ولكن ينبغى أن لا يفتى بهذه الرواية لئلا ينفتح باب استعمالها اه (قوله وهو ماحرره فى الدرر) حيث أجاب عن الاعتراض على ما فى النهاية والكفاية بما أشار

واستثنى القهستانى وغيره استعمال البيضة والجوشن والساعدان منهما فى الحرب للضرورة وهذا فيما يرجع للبدن وأما لغيره تجملا بأوان متخذة من ذهب أو فضة وسرير كذلك وفرش عليه من ديباج ونحوه فلا بأس به بل فعله السلف خلاصة حتى أباح أبو حنيفة توسد الديباج والنوم عليه

إليه الشارح من أن المحرم هو الإستعمال فيما صنعت له فى متعارف الناس وأقره عليه فى العزمية ، وظاهر كلام الوانى ونوح أفندى وغيرهما عدم تسليمه ، وكذا قال الرملى : إن نقل الطعام منها إلى موضع آخر استعمال لها إبتداء وأخذ الدهن باليد ثم صبه على الرأس استعمال متعارف اه :

وأقول وبالله التوفيق : إن ماذكره فى الدرر من إناطة الحرمة بالإستعمال فيما صنعت له عرفا فيه نظر فإنه يقتضى أنه لو شرب أو اغتسل بآنية الدهن أو الطعام أنه لايحرم مع أن ذلك استعمال بلا شبهة داخل تحت إطلاق المتون ، والأدلة الواردة فى ذلك والذى يظهر لى فى تقرير ماقدمناه عن النهاية وغيرها على وجه لايرد عليه شىء مما مر أن يقال : إن وضع الدهن أو الطعام مثلا فى ذلك الإناء المحرر لايجوز لأنه استعمال له قطعا ثم بعد وضعه إذا ترك فيه بلا انتفاع لزم إضاعة المال فلابد من تناوله منه ضرورة ، فإذا قصد المتناول نقله من ذلك الإناء إلى محل آخر لاعلى وجه الإستعمال ، بل ليستعمله من ذلك المحل الآخر كما إذا نقل الدهن إلى كفه ثم دهن به رأسه أو نقل الطعام إلى الخبز أو إلى إناء آخر واستعمله منه لايسمى مستعملا آنية الفضة أو الذهب لاشرعا ولا عرفا ، بخلاف ماإذا تناول منه ابتداء على قصد الادهان أو الأكل ، فإنه استعمال سواء تناوله بيده أو بملعقة ونحوها فإنه كأخذ الكحل بالميل ، وسواء استعمله فيما صنع له عرفا أولا . وليس المراد بأخذ الدهن صبه فى الكف ، لأنه استعمال متعارف بل المراد تناوله باليد من فم المدهن ، ليكون تناولا على قصد النقل ، دون الإستعمال كما يفيده مامر عن النهاية ، فلا ينافى مافى التاترخانية عن العتابية حيث قال : ويكره أن يدهن رأسه بمدهن فضة وكذا إن صبه على راحته ثم مسح رأسه أو لحيته اه ومنه يظهر حكم الادهان من قمقم ماء الورد فإنه تارة يرش منه على الوجه ابتداء ، وتارة بواسطة الصب فى الكف ، فكلاهما استعمال عرفا وشرعا خلافا لما يزعمه بعض الناس فى زماننا من أنه لو صب فى الكف لايكون استعمالا اغترارا بظاهر كلام الشارح فقد أسمعناك التصريح عن التاترخانية ، بخلافه هذا ماظهر لفهمى القاصر والله تعالى أعلم وأفاد ط حرمة استعمال ظروف فناجين القهوة والساعات من الذهب والفضة وهو ظاهر وسنذكره عنه بعد (قوله واستثنى القهستانى الخ) قال فى الذخيرة : قالوا هذا قولهما لأن استعمال الحرير فى الحرب مكروه عنده فكذا الذهب ، ثم إنهما فرقا بين الجوشن والبيضة من الذهب ، وبين حلية السيف منه بأن السهم يزلق على الذهب ، وأما الحلية لاتنفع شيئا وإنما هى للزينة فتكره اه (قوله البيضة) هى طاسة الدرع التى تلبس على الرأس قال فى المغرب : البيضة بيضة النعامة ، وكل طائر استعيرت لبيضة الحديد لما بينهما من الشبه الشكلى اه وتسمى المغفر قال فى المغرب : المغفر مايلبس تحت البيضة والبيضة أيضا اه (قوله والجوشن) هو الدرع قاموس (قوله والساعدان منهما) أى من الذهب والفضة والأحسن والساعدين بالجر، وذكره فى التاترخانية ولم يذكره القهستانى ، ولعله لأنه داخل فى الجوشن ، لأن الظاهر أن المراد به مايضعه المقاتل على ساعديه منه (قوله وهذا فيما يرجع للبدن) يعنى أن تحريم الذهب والفضة فيما يرجع استعماله إلى البدن : أى فيما يستعمل به لبسا أو أكلا أو كتابة ، ويحتمل أن المراد فيما يرجع نفعه إلى البدن ، لكن لايشمل استعمال القلم والدواة ، والأحسن مافى القهستانى حيث قال : وفى الإستعمال إشعار بأنه لابأس باتخاذ الأوانى منهما للتجمل (قوله تجملا) أى من غير استعمال أصلا (قوله بل فعله السلف) هذا لم يذكره فى الخلاصة بل فى التاترخانية عن المحيط (قوله حتى أباح الخ) لما كان كلامه الآن فى الاتخاذ بدون استعمال وذكر اتخاذ الديباج أراد أن يدفع ماقد يتوهم أنه لايحل

كما يأتى ويكره الأكل فى نحاس أوصفر والأفضل الخزف قال صلى الله عليه وسلم «من اتخذ أوانى بيته خزفا زارته الملائكة» اختيار .

(لا) يكره ما ذكر (من) إناء (رصاص وزجاج وبلور وعقيق) خلافا للشافعى (وحل الشرب من إناء مفضض) أى مزوق بالفضة (والركوب على سرج مفضض والجلوس على كرسى مفضض) ولكن بشرط أن (يتقى) أى يجتنب (موضع الفضة) بفم قيل ويد وجلوس سرج ونحوه

توسده والنوم عليه (قوله كما يأتى) أى فى فصل اللبس (قوله ويكره الأكل فى نحاس أو صفر) عزاه فى الدر المنتقى إلى المفيد والشرعة والصفر مثل قفل وكسر الصاد لغة النحاس ، وقيل أجوده مصباح وفى شرح الشرعة هو شىء مركب من المعدنيات كالنحاس والأشرب وغير ذلك اه . ثم قيد النحاس بالغير المطلى بالرصاص وهكذا قال بعض من كتب على هذا الكتاب : أى قبل طليه بالقزدير والشب لأنه يدخل الصدأ فى الطعام فيورث ضررا عظيما وأما بعده فلا اه .

أقول : والذى رأيته فى الاختيار واتخاذها من الخزف أفضل إذ لا سرف فيه ولا مخيلة . وفى الحديث «من اتخذ أوانى بيته خزفا زارته الملائكة» ويجوز اتخاذها من نحاس أو رصاص اه وفى الجوهرة : وأما الآنية من غير الفضة والذهب فلا بأس بالأكل والشرب فيها ، والانتفاع بها كالحديد والصفر والنحاس والرصاص والخشب والطين اه فتنبه والخزف بالزاى محركة الجر وكل ما عمل من طين وشوى بالنار حتى يكون فخارا قاموس (قوله ماذكر) أى من الأكل والشرب والادهان والتطييب (قوله رصاص) بالفتح كسحاب ولا يكسر وزجاج مثلث الزاى وبلور كتنور وسنور وسبطر جوهر معروف والعقيق كأمير خرز أحمر قاموس (قوله مفضض) وفى حكمه المذهب قهستانى (قوله أى مزوق بفضة) كذا فى المنح وفسره الشمنى بالمرصع بها ط ويقال لكل منقش ومزين مزوق قاموس (قوله بفم) فيضع فمه على الخشب وإن كان يضع يده على الفضة حال التناول ط (قوله قيل ويد) كذا عبر فى الهداية والجوهرة والاختيار والتبيين وغيرها فأفاد ضعف ما فى الدرر كما نبه عليه فى الشرنبلالية (قوله وجلوس سرج) عطف على المجرور فى قوله بفم لا على يد كما قد يتوهم قال فى غرر الأفكار : بأن يجتنب فى المصحف ونحوه موضع الأخذ وفى السرج ونحوه موضع الجلوس وفى الركاب موضع الرجل وفى الإناء موضع الفم وقيل وموضع الأخذ أيضا اه ونحوه فى إيضاح الإصلاح ، ويأتى قريبا أنه يجتنب فى النصل والقبضة واللجام موضع اليد .

فالحاصل : أن المراد الاتقاء بالعضو الذى يقصد الاستعمال به ، ففى الشرب لما كان المقصود الاستعمال بالفم اعتبر الاتقاء به دون اليد ولذا لو حمل الركاب بيده من موضع الفضة لايحرم ، فليس المدار على الفم إذ لا معنى لقولنا متقيا فى السرج والكرسى موضع الفم فافهم . ولا يخفى أن الكلام فى المفضض وإلا فالذى كله فضة يحرم استعماله بأى وجه كان كما قدمناه ولو بلامس بالجسد ، ولذا حرم إيقاد العود فى مجمرة الفضة كما صرح به فى الخلاصة ، ومثله بالأولى ظرف فنجان القهوة والساعة وقدرة التنباك التى يوضع فيها الماء وإن كان لا يمسها بيده ولا بفمه ، لأنه استعمال فيما صنعت له بخلاف القصب الذى يلف على طرف قصبة التتن فإنه تزويق فهو من المفضض فيعتبر اتقاؤه باليد والفم ولا يشبه ذلك ما يكون كله فضة كما هو صريح كلامهم وهو ظاهر وقال ط : وقد تجرأ جماعة على الشرع فقالوا بإباحة استعمال نحو الظرف زاعمين أنه اتقاء بفمه ومس اليد لا بأس به ، وهذا جهل عظيم ولا حول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم ، فإن الخوان وإناء الطعام لا يمسهما بيده وقد حرما ومن الجرأة قول أبى السعود عن شيخه :

وكذا الإناء المضبب بذهب أوفضة والكرسى المضبب بهما وحلية مرآة ومصحف بهما (كما لو جعله) أى التفضيض (فى نصل سيف وسكين أو فى قبضتهما أو لجام أو ركاب ولم يضع يده موضع الذهب والفضة) وكذا كتابة الثوب بذهب أو فضة، وفى المجتبى: لابأس بالسكين المفضض والمحابر والركاب وعن الثانى يكره الكل والخلاف فى المفضض أما المطلى فلا بأس به بالإجماع بلا فرق بين لجام وركاب وغيرهما لأن الطلاء مستهلك لا يخلص فلا عبرة للونه عينى وغيره (ويقبل قول كافر) ولو مجوسيا (قال اشتريت اللحم من كتابى فيحل أو قال) اشتريته (من مجوسى فيحرم) ولا يرده بقول الواحد

واعلم أنه ينبغى على ما هو الراجح من عدم اشتراط اتقاء موضع الأخذ حل شرب القهوة من الفنجان فى تبسى الفضة اه فإن المقام مختلف فليتدبر حق التدبر اه.

أقول: وكذا رده السائحانى بقوله فرق كبير بين الإناء الفضة المستعمل لدفع حرارة الفنجان وبين الفضة المرصعة للتزويق اه والمراد بالتبسى ظرف الفنجان ولم أره فيما عندى من كتب اللغة ثم قال ط: وانظر ما لو كان الإناء لايوضع على الفم بأن لايستعمل إلا باليد كالمحبرة المضببة، هل يتقى وضع اليد عليها، وحرره ومقتضى ماذكروه فى السيف من اشتراط اتقاء محل اليد من الذهب والفضة أن لا يضع يده على ضبة القصبة فى المحبرة ونحوها اه.

أقول: هو نظير ماقدمناه فى قصبة التتن (قوله وكذا الإناء المضبب) أى الحكم فيه كالحكم فى المفضض يقال باب مضبب أى مشدود بالضباب وهى الحديدة العريضة التى يضبب بها وضبب أسنانه بالفضة إذا شدها بها مغرب (قوله وحلية مرآة) الذى فى المنح والهداية وغيرهما حلقة بالقاف قال فى الكفاية والمراد بها التى تكون حوالى المرآة لا ماتأخذ المرأة بيدها فإنه مكروه اتفاقا اه (قوله ولم يضع يده) لايشمل الركاب فالأولى أن يزيد ورجله (قوله وكذا كتابة الثوب الخ) سيأتى أن المنسوج بذهب يحل إن كان مقدار أربع أصابع تأمل (قوله وعن الثانى) ظاهره أن عنه رواية أخرى وبه صرح فى البزازية، وذكر أن الكراهة قول محمد وهو عكس ما رأيته فى عدة مواضع وعبارة المنح كالهداية وغيرها. وقال أبو يوسف: يكره ذلك وقول محمد يروى مع أبى حنيفة ويروى مع أبى يوسف (قوله يكره الكل) أى كل ما مر من المفضض والمضبب فى جميع المسائل المارة لأن الأخبار مطلقة ولأن من استعمل إناء كان مستعملا لكل جزء منه، ولأبى حنيفة ماروى عن أنس رضى الله تعالى عنه «أن قدح النبى صلى الله تعالى عليه وسلم انكسر، فاتخذ مكان الشعب سلسلة من فضة» رواه البخارى ولأحمد عن عاصم الأحول قال: رأيت عند أنس رضى الله عنه قدح النبى صلى الله تعالى عليه وسلم فيه ضبة فضة وتمامه فى التبيين والشعب كالمنع الصدع قاموس (قوله والخلاف فى المفضض) أراد به ما فيه قطعة فضة فيشمل المضبب والأظهر عبارة العينى وغيره وهى وهذا الاختلاف فيما يخلص وأما التمويه الذى لا يخلص فلا بأس به بالإجماع لأنه مستهلك فلا عبرة ببقائه لونا اه (قوله أو قال اشتريته من مجوسى فيحرم) ظاهره أن الحرمة تثبت بمجرد ذلك، وإن لم يقل ذبيحة مجوسى وعبارة الجامع الصغير، وإن كان غير ذلك لم يسعه أن يأكل منه قال فى الهداية معناه إذا قال كان ذبيحة غير الكتابى والمسلم اه تأمل: وفى التاترخانية قبيل الأضحية عن جامع الجوامع لأبى يوسف من اشترى لحما فعلم أنه مجوسى وأراد الرد فقال ذبحه مسلم يكره أكله اه ومفاده أن مجرد كون البائع مجوسيا يثبت الحرمة، فإنه بعد إخباره بالحل بقوله ذبحه مسلم كره أكله فكيف بدونه تأمل (قوله ولا يرده بقول الواحد) قال فى الخانية: مسلم شرى لحما وقبضه فأخبره مسلم ثقة أنه ذبيحة مجوسى، لاينبغى له أن يأكل ولا يطعم غيره، لأنه أخبره بحرمة العين، وهى حق الله تعالى فتثبت بخبر الواحد وليس من ضرورتها

وأصله أن خبر الكافر مقبول بالإجماع فى المعاملات لا فى الديانات وعليه يحمل قول الكنز ويقبل قول الكافر فى الحل والحرمة يعنى الحاصلين فى ضمن المعاملات لا مطلق الحل والحرمة كما توهمه الزيلعى (و) يقبل قول (المملوك) ولو أنثى (والصبى فى الهدية) سواء المخبر بإهداء المولى غيره أو نفسه (والإذن) سواء كان بالتجارة أو بدخول الدار مثلا وقيده فى السراج بما إذا غلب على رأيه صدقهم فلو شرى صغير نحو صابون وأشنان لا بأس ببيعه ولو نحو زبيب وحاوى لا ينبغى بيعه لأن الظاهر كذبه وتمامه فيه (و) يقبل قول الفاسق والكافر والعبد فى (المعاملات) لكثرة وقوعها (كما إذا أخبر أنه وكيل فلان فى بيع كذا فيجوز الشراء منه) إن غلب على الرأى صدقه كما مر وسيجىء آخر الحظر.

بطلان الملك فتثبت مع بقائه وحينئذ لا يمكنه الرد على بائعه، ولا أن يحبس الثمن عنه إذ لم يبطل البيع اه ملخصا (قوله وأصله الخ) أى أصل ما ذكر من ثبوت الحل والحرمة، وهو يشير به إلى سؤال، وجوابه مذكوران فى النهاية وغيرها.

حاصل السؤال: أن هذه المسألة مناقضة لقوله الآتى: وشرط العدالة فى الديانات، فإن من الديانات الحل والحرمة كما إذا أخبر بأن هذا حلال أو حرام، وقد شرط فيها العدل والمراد به المسلم المرضى، وهنا قوله شريته من كتابى الخ معناه أنه حلال أو حرام، وقد قبل فيه خبر الكافر، ولو مجوسيا، والجواب أن قوله شريته من المعاملات، وثبوت الحل والحرمة فيه ضمنى فلما قبل قوله فى الشراء ثبت ما فى ضمنه، بخلاف ما يأتى وكم من شىء يثبت ضمنا لا قصدا كوقف المنقول وبيع الشرب وبه يتضح الجواب عن الكنز (قوله وعليه) أى على هذا الأصل وقد سبقه إلى هذا الجواب العينى، وصاحب الدرر وتبعهما المصنف، ويدل عليه تقرير صاحب الكنز فى كتابه الكافى (قوله لا مطلق الحل والحرمة) أى الشامل للقصدى كهذا حلال أو حرام (قوله سواء أخبر بإهداء المولى غيره أو نفسه) الأولى التعبير بالولى مشددا بدون ميم الضمير فى غيره أو نفسه للخبر المفهوم من أخبر قال فى المنح بأن قال عبد أو جارية أو صبى هذه هدية أهداها إليك سيدى أو أبى وفى الجامع الصغير إذا قالت جارية لرجل بعثنى مولاى إليك هدية وسعه أن يأخذها إذ لا فرق بين ما إذا أخبرت بإهداء المولى غيرها أو نفسها، وإنما يقبل قول هؤلاء فيها لأن الهدايا تبعث عادة على أيدى هؤلاء اه (قوله أو بدخول الدار مثلا) قال فى المنح: وأما الإذن بدخول الدار إذا أذن ذلك لعبده أو ابنه الصغير، فالقياس كذلك إلا أنه جرت العادة بين الناس أنهم لا يمنعون عن ذلك فجوز لأجل ذلك اه فتأمل (قوله وقيده فى السراج الخ) ثم قال كما فى المنح: وإن لم يغلب على رأيه ذلك لم يسعه قبوله منهم، لأن الأمر مشتبه عليه اه قال الإتقانى: لأن الأصل أنه محجور عليه والإذن طارئ، فلا يجوز إثباته بالشك وإنما قبلنا قول العبد إذا كان ثقة لأنه من أخبار المعاملات، وهو أضعف من أخبار الديانات فإذا قبل فى أخبار الدين ففى المعاملات أولى اه (قوله ولو نحو زبيب وحلوى) أى مما يأكله الصبيان عادة خالية (قوله لأن الظاهر كذبه) وقد عثر على فلوس أمه فأخذها ليشترى بها حاجة لنفسه منح عن المبسوط، وهذا لا يظهر فى كل الصبيان لجريان عادة أغنياء الناس بالتوسعة على صبيانهم، وإعطائهم ما يشترون به شهوة أنفسهم وكذلك غالب الفقراء اه ط.

أقول: قد علمت أن المدار على غلبة الظن فلينظر المبتلى فى القرائن (قوله لكثرة وقوعها) فاشتراط العدالة فيها يؤدى إلى الحرج وقلما يجد الإنسان المستجمع لشرائط العدالة ليعامله أو يستخدمه أو يبعثه إلى وكلائه.

(وشرط العدالة فى الديانات) هى التى بين العبد والرب (كالخبر عن نجاسة الماء فيتيمم) ولا يتوضأ (إن أخبر بها مسلم عدل) منزجر عما يعتقد حرمته (ولو عبدا) أو أمة (ويتحرى فى) خبر (الفاسق) بنجاسة الماء (و) خبر (المستور ثم يعمل بغالب ظنه ، ولو أراق الماء فتيمم فيما إذا غلب على رأيه صدقه وتوضأ وتيمم فيما إذا غلب) على رأيه (كذبه كان أحوط) وفى الجوهرة : وتيممه بعد الوضوء أحوط .

قلت : وأما الكافر إذا غلب صدقه على كذبه فإراقته أحب قهستانى وخلاصة وخانية .

قلت : لكن لو تيمم قبل إراقته لم يجز تيممه بخلاف خبر الفاسق لصلاحيته ملزما فى الجملة بخلاف الكافر

ثم اعلم أن المعاملات على ما فى كتب الأصول ثلاثة أنواع . الأول : مالا إلزام فيه كالوكالات والمضاربات والإذن بالتجارة . والثانى : مافيه إلزام محض كالحقوق التى تجرى فيها الخصومات . والثالث : ما فيه إلزام من وجه دون وجه كعزل الوكيل وحجر المأذون ، فإن فيه إلزام العهدة على الوكيل وفساد العقد بعد الحجر وفيه عدم إلزام ، لأن الموكل أو المولى يتصرف فى خالص حقه فصار كالإذن . ففى الأول يعتبر التمييز فقط . وفى الثانى شروط الشهادة وفى الثالث إما العدد وإما العدالة عنده خلافا لهما فيتعين أن يراد هنا النوع الأول كما نبه عليه فى العزمية (قوله فى الديانات) أى المحضة درر احتراز عما إذا تضمنت زوال ملك كما إذا أخبر عدل أن الزوجين ارتضعا من امرأة واحدة لاتثبت الحرمة ، لأنه يتضمن زوال ملك المتعة فيشترط العدد والعدالة جميعا إتقانى وهذا بخلاف الإخبار ، بأن ما اشتراه ذبيحة مجوسى ، لأن ثبوت الحرمة لايتضمن زوال الملك كما قدمناه فتثبت لجواز اجتماعها مع الملك (قوله هى) أى الديانات (قوله إن أخبر بها مسلم عدل) لأن الفاسق متهم والكافر لايلتزم الحكم فليس له أن يلزم المسلم هداية (قوله منزجر الخ) بيان للعدل (قوله عبدا أو أمة) تعميم له وفى الخلاصة محدودا فى قذف أولا (قوله ويتحرى فى خبر الفاسق) أما مع العدالة فإنه يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالإراقة كما فى الهداية (قوله وخبر المستور) هذا ظاهر الرواية وهو الأصح وعنه أنه كالعدل نهاية (قوله ثم يعمل بغالب ظنه) فإن غلب على ظنه صدقه تيمم ولم يتوضأ به أو كذبه توضأ به ولم يلتفت إلى قوله هذا هو جواب الحكم . أما فى السعة والاحتياط ، فالأفضل أن يتيمم بعد الوضوء تاترخانية (قوله وتوضأ) عطف على أراق (قوله أحوط) لأن التحرى مجرد ظن يحتمل الخطأ كما فى الهداية (قوله وفى الجوهرة الخ) كلام الجوهرة فيما إذا غلب على رأيه كذبه فلم يزد على ما فى المتن شيئا فافهم (قوله وأما الكافر) ومثله الصبى والمعتوه كما فى التاترخانية (قوله فإراقته أحب) فهو كالفاسق والمستور من هذا الوجه قال فى الخانية : ولو توضأ به وصلى جازت صلاته (قوله قلت لكن الخ) هذا توفيق منه بين العبارات فإن مقتضى ماقدمه عدم الفرق بينه وبين الفاسق كما قلنا ، لكن وقع فى التاترخانية فإن أخبره ذمى أو صبى وغلب على ظنه صدقه لايجب عليه التيمم ، بل يستحب فإن تيمم لايجزيه مالم يرق الماء أولا بخلاف مالو أخبره مستور فتيمم قبل الإراقة ، فإنه يجزيه ورأيت بخط الشارح فى هامش التاترخانية عند قوله بل يستحب الظاهر أنه إنما يتيمم بعد الوضوء ، حتى يفقد الماء بدليل مابعده فتأمل وحينئذ ، فقد ساوى الفاسق من هذه الجهة وإن خالفه من الجهة التى ذكرها تأمل وراجع فإن عبارة الخانية والخلاصة ندب الإراقة من غير تفصيل إلا أن يحمل على هذا فليحرر اه ما رأيته بخطه . وأنت تراه قد جزم فى شرحه بما كان مترددا فيه ثم رأيت فى الذخيرة التصريح فى الفرق بين الذمى والفاسق من وجهين أحدهما : هذا والثانى : أنه فى الفاسق يجب التحرى وفى الذمى يستحب (قوله بخلاف خبر الفاسق) أى إذا غلب على رأيه صدقه فى النجاسة فإنه يتيمم ولا يتوضأ به (قوله لصلاحيته الخ) قال فى الخانية لأن الفاسق من أهل الشهادة

ولو أخبر عدل بطهارته وعدل بنجاسته حكم بطهارته بخلاف الذبيحة وتعتبر الغلبة فى أوان طاهرة ونجسة وذكية وميتة ، فإن الأغلب طاهرا تحرى وبالعكس والسواء لا إلا لعطش وفى الثياب يتحرى مطلقا (دعى إلى وليمة

على المسلم وأما الكافر فلا اه أى فإن الفاسق إذا قبل القاضى شهادته على المسلم نفذ قضاؤه وإن أثم (قوله ولو أخبر عدل بطهارته الخ) أقول : ذكر شراح الهداية عن كفاية المنتهى لصاحب الهداية : رجل دخل على قوم يأكلون ويشربون فدعوه إليهم فقال له مسلم عدل : اللحم ذبيحة مجوسى والشراب خالطه خمر فقالوا لا بل هو حلال ؛ ينظر فى حالهم فإن عدولا أخذ بقولهم وإن متهمين لايتناول شيئا ، ولو فيهم ثقتان أخذ بقولهما أو واحد عمل بأكبر رأيه فإن لا أرى واستوى الحالان عنده فلا بأس أن يأكل ويشرب ويتوضأ ، فإن أخبره بأحد الأمرين مملوكان ثقتان أخذ بقولهما لاستواء الحر والعبد فى الخبر الدينى ، وترجح المثنى ولو أخبره بأحدهما عبد ثقة وبالآخر حر تحرى للمعارضة ، وإن أخبره بأحدهما حران ثقتان وبالآخر مملوكان ثقتان أخذ بقول الحرين ، لأن قولهما حجة فى الديانة والحكم جميعا فترجحا وإن أخبره بأحدهما ثلاثة عبيد ثقات وبالآخر مملوكان ثقتان أخذ بقول العبيد ، وكذا إذا أخبر بأحدهما رجل وامرأتان وبالآخر رجلان أخذ بالأول .

فالحاصل فى جنس هذه المسائل : أن خبر العبد والحر فى الأمر الدينى على السواء بعد الاستواء فى العدالة فيرجح أولا بالعدد ثم بكونه حجة فى الأحكام بالجملة ثم بالتحرى اه ومثله فى الذخيرة وغيرها فقد اعتبروا التحرى بعد تحقق المعارضة بالتساوى بين الخبرين بلا فرق بين الذبيحة والماء فتأمل (قوله وتعتبر الغلبة الخ) أقول : حاصل ماذكره فى الذخيرة البرهانية أنه فى الأوانى إن غلب الطاهر تحرى فى حالتى الاضطرار والاختيار للشرب والوضوء ، وإلا بأن غلب النجس أو تساويا ففى الاختيار : لا يتحرى أصلا وفى الاضطرار : يتحرى للشرب لا للوضوء وفى الذكية والميتة يتحرى فى الاضطرار مطلقا ، وفى الاختيار وإن غلبت الميتة أو تساويا لايتحرى ، وكذا فى الثياب يتحرى فى الاضطرار مطلقا وفى الاختيار إن غلب الطاهر تحرى وإلا لا اه .

وحاصله : أنه إن غلب الطاهر تحرى فى الحالتين فى الكل اعتبارا للغالب ، وإلا ففى حالة الاختيار لا يتحرى فى الكل وفى الاضطرار يتحرى فى الكل إلا فى الأوانى للوضوء إذ له خلف وهو التيمم ، بخلاف ستر العورة والأكل والشرب إذ لاخلف له . وسيأتى مثله فى مسائل شتى آخر الكتاب ، وبه يظهر مافى كلامه من الإيجاز البالغ حد الإلغاز ، فلو قال فإن الأغلب طاهرا تحرى مطلقا وإلا فلا إلا حالة الضرورة لغير وضوء لكان أخصر وأظهر فتدبر نعم كلامه هنا موافق لما قدمه قبيل كتاب الصلاة تبعا لنور الإيضاح (قوله دعى إلى وليمة) هى طعام العرس وقيل الوليمة اسم لكل طعام . وفى الهندية عن التمرتاشى : اختلف فى إجابة الدعوى قال بعضهم : واجبة لايسع تركها وقال العامة : هى سنة ، والأفضل أن يجيب إذا كانت وليمة وإلا فهو مخير والإجابة أفضل ، لأن فيها إدخال السرور فى قلب المؤمن وإذا أجاب فعل ما عليه أكل أولا ، والأفضل أن يأكل لو غير صائم وفى البناية إجابة الدعوة سنة وليمة أو غيرها ، وأما دعوة يقصد بها التطاول أو إنشاء الحمد أو ما أشبهه فلا ينبغى إجابتها لاسيما أهل العلم فقد قيل ماوضع أحد يده فى قصعة غيره إلا ذل له اه ط ملخصا . وفى الاختيار : وليمة العرس سنة قديمة إن لم يجبها أثم لقوله صلى الله عليه وسلم « من لم يجب الدعوة فقد عصى الله ورسوله ، فإن كان صائما أجاب ودعا ، وإن لم يكن صائما أكل ودعا ، وإن لم يأكل ولم يجب أثم وجفا » لأنه استهزاء بالمضيف وقال عليه الصلاة والسلام « لو دعيت إلى كراع لأجبت » اه .

ومقتضاه أنها سنة مؤكدة ، بخلاف غيرها وصرح شراح الهداية بأنها قريبة من الواجب . وفى التاترخانية

وثمة لعب أو غناء قعد وأكل) لو المنكر فى المنزل ، فلو على المائدة لاينبغى أن يقعد بل يخرج معرضا لقوله تعالى : ـ فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين ـ (فإن قدر على المنع فعل وإلا) يقدر (صبر إن لم يكن ممن يقتدى به فإن كان) مقتدى (ولم يقدر على المنع خرج ولم يقعد) لأن فيه شين الدين والمحكى عن الإمام كان قبل أن يصير مقتدى به (وإن علم أولا) باللعب (لايحضر أصلا) سواء كان ممن يقتدى به أولا لأن حق الدعوة إنما يلزمه بعد الحضور لا قبله ابن كمال ؛

وفى السراج ودلت المسألة أن الملاهى كلها حرام ويدخل عليهم بلا إذنهم لإنكار المنكر قال ابن مسعود

عن الينابيع : لو دعى إلى دعوة فالواجب الإجابة إن لم يكن هناك معصية ولا بدعة والامتناع أسلم فى زماننا إلا إذا علم يقينا أن لابدعة ولا معصية اه والظاهر حمله على غير الوليمة لما مر ويأتى تأمل (قوله وثمة لعب) بكسر العين وسكونها والغناء بالكسر ممدودا السماع ومقصورا اليسار (قوله لا ينبغى أن يقعد) أى يجب عليه قال فى الاختيار لأن استماع اللهو حرام والإجابة سنة والامتناع عن الحرام أولى اه وكذا إذا كان على المائدة قوم يغتابون لايقعد فالغيبة أشد من اللهو واللعب تاترخانية (قوله ولو على المائدة الخ) كان الواجب عليه أن يذكره قبيل قول المصنف الآتى : وإن علم كما فعل صاحب الهداية ، فإن قول المصنف فإن قدر الخ فيما لو كان المنكر فى المنزل لا على المائدة ففى كلامه إيهام لايخفى (قوله بعد الذكرى) أى تذكر النهى ط (قوله فعل) أى فعل المنع وجوبا إزالة للمنكر (قوله صبر) أى مع الإنكار بقلبه قال عليه الصلاة والسلام « من رأى منكم منكرا فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان » اه أى أضعف أحواله فى ذاته : أى إنما يكون ذلك إذا اشتد ضعف الإيمان ، فلا يجد الناهى أعوانا على إزالة المنكر اه ط وهذا لأن إجابة الدعوة سنة فلا يتركها لما اقترن به من البدعة من غيره كصلاة الجنازة واجبة الإقامة وإن حضرتها نياحة هداية ، وقاسها على الواجب لأنها قريبة منه لورود الوعيد بتركها كفاية (قوله والمحكى عن الإمام) أى من قوله ابتليت بهذا مرة فصبرت هداية (قوله وإن علم أولا) أفاد أن مامر فيما إذا لم يعلم قبل حضوره (قوله لايحضر أصلا) إلا إذا علم أنهم يتركون ذلك احتراما له فعليه أن يذهب إتقانى (قوله ابن كمال) لم أره فيه نعم ذكره فى الهداية قال ط وفيه نظر والأوضح مافى التبيين حيث قال : لأنه لايلزمه إجابة الدعوة إذا كان هناك منكر اه ؛

قلت : لكنه لايفيد وجه الفرق بين ما قبل الحضور وما بعده ، وساق بعد هذا فى التبيين ما رواه ابن ماجة أن عليا رضى الله عنه قال : صنعت طعاما فدعوت رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاء فرأى فى البيت تصاوير فرجع اه ؛

قلت : مفاد الحديث أنه يرجع ولو بعد الحضور وأنه لاتلزم الإجابة مع المنكر أصلا تأمل (قوله ودلت المسألة الخ) لأن محمدا أطلق اسم اللعب والغناء فاللعب وهو اللهو حرام بالنص قال عليه الصلاة والسلام « لهو المؤمن باطل إلا فى ثلاث : تأديبه فرسه » وفى رواية « ملاعبته بفرسه ورميه عن قوسه وملاعبته مع أهله » كفاية وكذا قول الإمام ابتليت دليل على أنه حرام إتقانى ، وفيه كلام لابن الكمال فيه كلام فراجعه متأملا (قوله ويدخل عليهم الخ) لأنهم أسقطوا حرمتهم بفعلهم المنكر فجاز هتكها كما للشهود أن ينظروا إلى عورة الزانى حيث هتك حرمة نفسه وتمامه فى المنح (قوله قال ابن مسعود الخ) رواه فى السنن مرفوعا إلى النبى صلى الله تعالى عليه وسلم بلفظ : « إن الغناء ينبت النفاق فى القلب » كما فى غاية البيان وقيل إن تغنى ليستفيد نظم القوافى ويصير فصيح اللسان لابأس به ، وقيل : إن تغنى وحده لنفسه لدفع الوحشة لا بأس به وبه أخذ السرخسى وذكر شيخ الإسلام

صوت اللهو والغناء ينبت النفاق فى القلب كما ينبت الماء النبات :

قلت : وفى البزازية استماع صوت الملاهى كضرب قصب ونحوه حرام لقوله عليه الصلاة والسلام « استماع الملاهى معصية والجلوس عليها فسق والتلذذ بها كفر » أى بالنعمة فصرف الجوارح إلى غير ما خلق لأجله كفر بالنعمة لا شكر فالواجب كل الواجب أن يجتنب كى لا يسمع لما روى « أنه عليه الصلاة والسلام أدخل أصبعه فى أذنه عند سماعه » وأشعار العرب لو فيها ذكر الفسق

أن كل ذلك مكروه عند علمائنا » واحتج بقوله تعالى ـ ومن الناس من يشترى لهو الحديث ـ الآية جاء فى التفسير : أن المراد الغناء وحمل ماوقع من بعض الصحابة على إنشاد الشعر المباح الذى فيه الحكم والمواعظ ، فإن لفظ الغناء كما يطلق على المعروف يطلق على غيره كما فى الحديث « من لم يتغن بالقرآن فليس منا » وتمامه فى النهاية وغيرها :

[تنبيه] عرف القهستانى الغناء بأنه ترديد الصوت بالألحان فى الشعر مع انضمام التصفيق المناسب لها قال فإن فقد قيد من هذه الثلاثة لم يتحقق الغناء اه قال فى الدر المنتقى : وقد تعقب بأن تعريفه هكذا لم يعرف فى كتبنا فتدبر اه :

أقول : وفى شهادات فتح القدير بعد كلام عرفنا من هذا أن التغنى المحرم ما كان فى اللفظ مالا يحل كصفة الذكور والمرأة المعينة الحية ووصف الخمر المهيج إليها والحانات والهجاء لمسلم أو ذمى إذا أراد المتكلم هجاءه لا إذا أراد إنشاده للاستشهاد به أو ليعلم فصاحته وبلاغته ، وكان فيه وصف امرأة ليست كذلك أو الزهريات المتضمنة وصف الرياحين والأزهار والمياه فلا وجه لمنعه على هذا : نعم إذا قيل ذلك على الملاهى امتنع وإن كان مواعظ وحكما للآلات نفسها لا لذلك التغنى اه ملخصا وتمامه فيه فراجعه ، وفى الملتقى وعن النبى صلى الله تعالى عليه وسلم أنه كره رفع الصوت عند قراءة القرآن والجنازة والزحف والتذكير ، فما ظنك به عند الغناء الذى يسمونه وجدا ومحبة فإنه مكروه لا أصل له فى الدين. قال الشارح : زاد فى الجوهرة : وما يفعله متصوفة زماننا حرام لايجوز القصد والجلوس إليه ومن قبلهم لم يفعل كذلك ، وما نقل أنه عليه الصلاة والسلام سمع الشعر لم يدل على إباحة الغناء : ويجوز حمله على الشعر المباح المشتمل على الحكمة والوعظ ، وحديث تواجده عليه الصلاة والسلام لم يصح ، وكان النصراباذى يسمع فعوتب فقال : إنه خير من الغيبة فقيل له هيهات بل زلة السماع شر من كذا وكذا سنة يغتاب الناس ، وقال السرى : شرط الواجد فى غيبته أن يبلغ إلى حد لو ضرب وجهه بالسيف لايشعر فيه بوجع اه :

قلت : وفى التاترخانية عن العيون إن كان السماع سماع القرآن والموعظة يجوز ، وإن كان سماع غناء فهو حرام بإجماع العلماء ومن أباحه من الصوفية ، فلمن تخلى عن اللهو ، وتحلى بالتقوى ، واحتاج إلى ذلك احتياج المريض إلى الدواء: وله شرائط ستة : أن لايكون فيهم أمرد، وأن تكون جماعتهم من جنسهم ، وأن تكون نية القول الإخلاص لا أخذ الأجر والطعام ، وأن لايجتمعوا لأجل طعام أو فتوح ، وأن لايقوموا إلا مغلوبين وأن لايظهروا وجدا إلا صادقين .

والحاصل : أنه لارخصة فى السماع فى زماننا لأن الجنيد رحمه الله تعالى تاب عن السماع فى زمانه اه والظر مافى الفتاوى الخيرية (قوله ينبت النفاق) أى العملى (قوله كضرب قصب) الذى رأيته فى البزازية قضيب بالضاد المعجمة والمثناة بعدها (قوله فسق) أى خروج عن الطاعة ولايخفى أن فى الجلوس عليها استماعا لها والاستماع معصية فهما معصيتان (قوله فصرف الجوارح الخ) ساقه تعليلا لبيان صحة إطلاق الكفر على كفران النعمة ط (قوله فالواجب) تفريع على قوله استماع الملاهى معصية ط (قوله أدخل أصبعه في أذنه) الذى رأيته فى البزازية

تـكره اه أو لتغليظ الذنب كما فى الاختيار أو للاستحلال كما فى النهاية :

[فائدة] ومن ذلك ضرب النوبة للتفاخر ، فلو للتنبيه فلا بأس به كما إذا ضرب فى ثلاثة أوقات لتذكير ثلاث نفخات الصور لمناسبة بينهما فبعد العصر للإشارة إلى نفخة الفزع ، وبعدالعشاء إلى نفخة الموت وبعد نصف الليل إلى نفخة البعث وتمامه فيما علقته على الملتقى والله أعلم :

والمنح بالتثنية (قوله تـكره) أى تـكره قراءتها فـكيف التغنى بها : قال فى التاترخانية : قراءة الإشعار إن لم يكن فيها ذكر الفسق والغلام ونحوه لاتـكره : وفى الظهيرية : قيل معنى الـكراهة فى الشعر أن يشغل الإنسان عن الذكر والقراءة وإلافلا بأس به اه :

وقال فى تبيين المحارم : واعلم أن ماكان حراما من الشعر مافيه فحش أو هجو مسلم أو كذب على الله تعالى أو رسوله صلى الله عليه وسلم أو على الصحابة أو تزكية النفس أو الـكذب أو التفاخر المذموم ، أو القدح فى الأنساب ، وكذا مافيه وصف أمرد أو امرأة بعينها إذاكانا حيين ، فإنه لايجوز وصف امرأة معينة حية ولا وصف أمرد معين حى حسن الوجه بين يدى الرجال ولا فى نفسه ، وأما وصف الميتة أو غير المعينة فلا بأس به وكذا الحـكم فى الأمرد ولا وصف الخمر المهيج إليها والديريات والحانات والهجاء ولو لذمى كذا فى ابن الهمام والزيلعى : وأما وصف الخدود والأصداغ وحسن القد والقامة وسائر أوصاف النساء والمرد قال بعضهم : فيه نظر ، وقال فى المعارف : لايليق بأهل الديانات ، وينبغى أن لايجوز إنشاده عند من غلب عليه الهوى والشهوة لأنه يهيجه على إجالة فـكره فيمن لايحل ، وما كان سببا لمحظور فهو محظور اه :

أقول : وقدمنا أن إنشاده للاستشهاد لايضر ومثله فيما يظهر إنشاده أو عمله لتشبيهات بليغة واستعارات بديعة (قوله أو لتغليظ الذنب) عطف على قوله أى بالنعمة يعنى إنما أطلق عليه لفظ الـكفر تغليظا اه ح (قوله ومن ذلك) أى من الملاهى ط (قوله ثلاث نفخات الصور) هى طريقة لبعضهم ، والمشهور أنهما نفختان نفخة الصعق ونفخة البعث ط (قوله لمناسبة بينهما) أى بين النفخات والضرب فى الثلاثة الأوقات (قوله فبعد العصر الخ) بيان للمناسبة فإن الناس بعد العصر يفزعون من أسواقهم إلى منازلهم ، وبعد العشاء وقت نومهم وهو الموت الأصغر ، وبعد نصف الليل يخرجون من بيوتهم التى هى كقبورهم إلى أعمالهم :

أقول : وهذا يفيد أن آلة اللهو ليست محرمة لعينها ، بل لقصد اللهو منها إما من سامعها أو من المشتغل بها وبه تشعر الإضافة ألا ترى أن ضرب تلك الآلة بعينها حل تارة وحرم أخرى باختلاف النية بسماعها والأمور بمقاصدها وفيه دليل لساداتنا الصوفية الذين يقصدون أمورا هم أعلم بها ، فلا يبادر المعترض بالإنـكار كى لايحرم بركتهم ، فإنهم السادة الأخيار أمدنا الله تعالى بإمداداتهم ، وأعاد علينا من صالح دعواتهم وبركاتهم (قوله وتمامه فيما علقته على الملتقى) حيث قال بعد عزوه مامر إلى الملاعب للإمام البزدوى وينبغى أن يكون بوق الحمام يجوز كضرب النوبة : وعن الحسن لابأس بالدف فى العرس ليشتهر : وفى السراجية هذا إذا لم يكن له جلاجل ولم يضرب على هيئة التطرب اه :

أقول : وينبغى أن يكون طبل المسحر فى رمضان لإيقاظ النائمين للسحور كبوق الحمام تأمل :

فصل فى اللبس

(يحرم لبس الحرير ولو بحائل) بينه وبين بدله (على المذهب) الصحيح وعن الإمام إنما يحرم إذا مس الجلد ؛ قال فى القنية : وهى رخصة عظيمة فى موضع عمت به البلوى (أو فى الحرب) فإنه يحرم أيضا عنده. وقالا يحل فى الحرب (على الرجل لا المرأة إلا قدر أربع أصابع) كأعلام الثوب (مضمومة) وقيل منشورة وقيل

فصل فى اللبس

اعلم أن الكسوة منها فرض وهو مايستر العورة ويدفع الحر والبرد والأولى كونه من القطن أو الكتان أو الصوف على وفاق السنة بأن يكون ذيله لنصف ساقه وكمه لرؤوس أصابعه وفمه قدر شبر كما فى النتف بين النفيس والخسيس إذ خير الأمور أوساطها ، وللنهى عن الشهرتين وهو ماكان فى نهاية النفاسة أو الخساسة ، ومستحب : وهو الزائد لأخذ الزينة وإظهار نعمة الله تعالى قال عليه الصلاة والسلام « إن الله يحب أن يرى أثر نعمته على عبده » ومباح وهو الثوب الجميل للتزين فى الأعياد والجمع ومجامع الناس لافى جميع الأوقات لأنه صلف وخيلاء ، وربما يغيظ المحتاجين فالتحرز عنه أولى ومكروه وهو اللبس للتكبر ، ويستحب الأبيض وكذا الأسود لأنه شعار بنى العباس ودخل عليه الصلاة والسلام مكة وعلى رأسه عمامة سوداء ولبس الأخضر سنة كما فى الشرعة اه من الملتقى وشرحه . وفى الهندية عن السراجية : لبس الثياب الجميلة مباح إذا لم يتكبر وتفسيره أن يكون معها كماكان قبلها اه ومن اللباس المعتاد : لبس الفرو ولا بأس به من السباع كلها وغير ذلك من الميتة المدبوغة والمذكاة ودباغها ذكاتها محيط ، ولا بأس بجلود النمر والسباع كلها إذا دبغت أن يجعل منها مصلى أو منبر السرج ملتقط : ويكره للرجال السراويل التى تقع على ظهر القدمين عتابية ؛ ولا بأس بنعل مخصوف بمسامير الحديد وفى الذخيرة مافيه نجاسة تمنع جواز الصلاة هل يجوز لبسه ذكر فى كراهية أبى يوسف فى حديث سعيد بن جبير أنه كان يلبس قلنسوة الثعالب ، ولا يصلى بها أن هذا زلة منه : قلت : هذا إشارة إلى أنه لايجوز لبسه بلا ضرورة تاترخانية لكن قدم الشارح فى شروط الصلاة أن له لبس ثوب نجس فى غير صلاة وعزاه فى البحر إلى المبسوط (قوله يحرم لبس الحرير الخ) أى إلا لضرورة كما يأتى: قال فى المغرب الحرير الابريسم المطبوخ وسمى الثوب المتخذ منه حريرا (قوله قال فى القنية الخ) نقله عن أستاذه بديع وأنه قال لكن طلبت هذا عن أبى حنيفة فى كثير من الكتب فلم أجد سوى ماعن برهان صاحب المحيط قال فى الخيرية . فالحاصل أنه مخالف لما فى المتون الموضوعة لنقل المذهب فلا يجوز العمل والفتوى به (قوله وقالا يحل فى الحرب) أى لو صفيقا يحصل به اتقاء العدو كما يأتى والخلاف فيما لحمته حرير وسداه ، أما مالحمته فقط حرير أو سداه حرير فقط يباح لبسه حالة الحرب بالإجماع كما فى التاترخانية ويأتى (قوله إلاقدر أربع أصابع الخ) لما صح عن ابن عباس رضى الله عنهما إنما نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن الثوب المصمت من الحرير فأما العلم وسدى الثوب ، والمصمت الخالص ، ولخبر مسلم نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن لبس الحرير إلا موضع أصبع أو أصبعين أو ثلاث أو أربع وهل المراد قدر الأربع أصابع طولا وعرضا بأن لايزيد طول العلم وعرضه على ذلك أو المراد عرضها فقط ، وإن زاد طوله على طولها المتبادر من كلامهم الثانى ، ويفيده أيضا ماسيأتى فى كلام الشارح عن الحاوى الزاهدى وعلم الثوب رقمه وهو الطراز كما فى القاموس والمراد به ماكان من خالص الحرير نسجا أو خياطة ، وظاهر كلامهم أنه لافرق بينه وبين المطرف ، وهو ماجعل طرفه مسجفا بالحرير فى أنه يتقيد بأربع أصابع ، خلافا للشافعية حيث قيدوا المطرز بالأربع أصابع ؛ وبنوا المطرف

بين بين وظاهر المذهب عدم جمع المتفرق ولو فى عمامة كما بسط فى القنية وفيها عمامة طرزها قدر أربع أصابع من إبريسم من أصابع عمر رضى الله عنه وذلك قيس شبرنا يرخص فيه (وكذا المنسوج بذهب يحل إذا كان هذا المقدار) أربع أصابع (وإلا لا) يحل للرجل زيلعى :

وفى المجتبى : العلم فى العمامة فى موضعين أو أكثر يجمع ، وقيل لا وفيه وعن أبى حنيفة رحمه الله تعالى عمامة عليها علم من قصب فضة قدر ثلاث أصابع لا بأس ومن ذهب يكره وقيل لا يكره وفيه تكره الجبة المكفوفة بالحرير :

على العادة الغالبة فى كل ناحية ، وإن جاوز أربع أصابع فالمراد بالعلم عندنا مايشملهما ، فيدخل فيه السجاف وما يخيط على أطراف الأكمام وما يجعل فى طوق الجبة وهو المسمى قبة وكذا العروة والزر كما سيأتى ، ومثله فيما يظهر طرة الطربوش: أى القلنسوة مالم تزد على عرض أربع أصابع وكذا بيت تكة السراويل ، وما على أكتاف العباءة وعلى ظهرها وإزار الحمام المسمى بالشطرنجى ، وما فى أطراف الشاش سواء كان تطريزا بالإبرة أو نسجا وما يركب فى أطراف العمامة المسمى صجقا فجميع ذلك لابأس به إذا كان عرض أربع أصابع ، وإن زاد على طولها بناء على مامر ، ومثله لو رقع الثوب بقطعة ديباج ، بخلاف مالو جعلها حشوا :

قال فى الهندية : ولو جعل القز حشوا للقباء فلا بأس به لأنه تبع ، ولو جعلت ظهارته أو بطانته فهو مكروه لأن كليهما مقصود كذا فى محيط السرخسى : وفى شرح القدورى عن أبى يوسف : أكره بطائن القلانس من إبريسم اهـ وعليه فلو كانت قبة الجبة أكثر من عرض أربع أصابع كما هو العادة فى زماننا فخيط فوقها قطعة كرباس يجوز لبسها لأن الحرير صار حشوا تأمل (قوله وظاهر المذهب عدم جمع المتفرق) أى إلا إذا كان خط منه قزا وخط منه غيره بحيث يرى كله قزا فلا يجوز كما سيذكره عن الحاوى ، ومقتضاه حل الثوب المنقوش بالحرير تطريزا ونسجا إذا لم تبلغ كل واحدة من نقوشه أربع أصابع ، وإن زادت بالجمع مالم ير كله حريرا تأمل. قال ط : وهل حكم المتفرق من الذهب والفضة كذلك يحرر (قوله وفيها) أى القنية وقد رمز فيها بعد هذا النجم الأئمة المعتبر أربع أصابع كما هى على هيئتها لا أصابع السلف ثم رمز للكرمانى منشورة ثم رمزا للكرابيسى التحرز عن مقدار المنشورة أولى (قوله وإلا لا يحل للرجل زيلعى) عبارة الزيلعى مطلقة عن التقييد بالرجل ، واعترض بأن هذا ليس من الحلى ، فالظاهر أن حكم النساء فيه كالرجال. أقول: فيه نظر لأن الحلى كما فى القاموس مايتزين به ، ولا شك أن الثوب المنسوج بالذهب حلى : وقدمنا عن الخانية أن النساء فيما سوى الحلى من الأكل والشرب والادهان من الذهب والفضة والعقود بمنزلة الرجال ؛ ولا بأس لهن بلبس الديباج والحرير والذهب والفضة واللؤلؤ اهـ :

وفى الهداية : ويكره أن يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحرير اهـ وسيأتى وفى القنية لابأس بالعلم المنسوج بالذهب للنساء فأما للرجال فقدر أربع أصابع وما فوقه يكره (قوله وفى المجتبى الخ) قد علمت أن القول الثانى ظاهر المذهب وهذا مكرر مع مامر من قوله ولو فى عمامة (قوله وفيه) أى فى المجتبى وكذا الضمائر بعده (قوله ومن ذهب يكره) قال فى القنية كأنه اعتبره بالخاتم اهـ وفيها وكذا فى القلنسوة فى ظاهر المذهب يجوز قدر أربع أصابع وفى رواية عن محمد لايجوز كما لو كانت من حرير اهـ :

قلت : ويأتى الكلام فى علم الثوب من الذهب (قوله تكره الجبة المكفوفة بالحرير) هذا غير ماعليه العامة فإنه نقل فى الهندية عن الذخيرة : أن لبس المكفوف بالحرير مطلق عند عامة الفقهاء . وفى التبيين عن أسماء أنها

قلت : وبهذا ثبت كراهة ما اعتاده أهل زماننا من القمص البصرية وفيه المرخص العلم فى عرض الثوب ؛
قلت : ومفاده أن القليل فى طوله يكره اه قال المصنف : وبه جزم منلا خسرو وصدر الشريعة لكن إطلاق الهداية وغيرها يخالفه ؛
وفى السراج عن السير الكبير : العلم حلال مطلقا صغيرا كان أو كبيرا قال المصنف : وهو مخالف لما مر من التقييد بأربع أصابع وفيه رخصة عظيمة لمن ابتلى به فى زماننا اه ؛
قلت : قال شيخنا وأظن أنه الراية وما يعقد على الرمح فإنه حلال ولو كبيرا لأنه ليس بلبس وبه يحصل التوفيق
(ولابأس بكلة الديباج) هو ماسداه ولحمته إبريسم شرح وهبانية (للرجال) الكلة بالكسر البشخانة والناموسية لأنه ليس يلبس ونظمه شارح الوهبانية فقال :

وفى كلة الديباج فالنوم جائز ... وفى قنية والمنتقى ذا مسطر

(وتكره التكة منه) أى من الديباج هو الصحيح وقيل لابأس بها

أخرجت جبة طيالسة عليها لبنة شبر من ديباج كسروانى وفرجاها مكفوفان به فقالت هذه جبة رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يلبسها ، وكانت عند عائشة رضى الله تعالى عنها فلما قبضت عائشة قبضتها إلى فنحن نغسلها للمريض فيشفى بها رواه أحمد ومسلم ولم يذكر لفظة الشبر اه ط . وفى الهداية وعنه عليه الصلاة والسلام أنه كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير اه وفى القاموس : كف الثوب كفا خاط حاشيته وهو الخياطة الثانية بعد الشل وفيه لبنة القميص نبيقته (قوله قلت) القائل صاحب المجتبى ، وقد علمت حكم المبنى عليه هذا القول (قوله البصرية) الذى رأيته فى المجتبى المضربة من التضريب (قوله قلت ومفاده) قائله صاحب المجتبى أيضا (قوله وبه جزم) أى بالتقييد بالعرض ، وكذا جزم به ابن الكمال والقهستانى ونقله فى التاترخانية عن جامع الجوامع (قوله لكن إطلاق الهداية وغيرها يخالفه) أى يخالف التقييد بالعرض ، وقد يقال يحمل المطلق على المقيد كما صرحوا به فى كتب الأصول من أنه يحمل عليه عند اتحاد الحكم والحادثة على أن المتون كثيرا ماتطلق المسائل عن بعض قيودها تأمل ولكن إطلاق المتون موافق لإطلاق الأدلة ، وهو أرفق بأهل هذا الزمان لئلا يقعوا فى الفسق والعصيان (قوله وهو مخالف الخ) نعم هذا مخالف للمتون صريحا فتقدم عليه (قوله قلت الخ) هذا بعيد جدا ففى التاترخانية ، وأما لبس ماعلمه حرير أو مكفوف فمطلق عند عامة الفقهاء خلافا لبعض الناس وعن هشام عن أبى حنيفة لايرى بأسا بالعلم فى الثوب قدر أربع أصابع ، وذكر شمس الأئمة السرخسى أنه لابأس بالعلم فى الثوب لأنه تبع ولم يقدر اه . فكلامهم فى العلم فى الثوب الملبوس لاالعلم الذى هو الراية ؛ وإلا لم يبق معنى لقولهم فى الثوب ، ولا للتعليل بالتبعية ؛

هذا : وفى التاترخانية مانصه : بقى الكلام فى حق النساء قال عامة العلماء : يحل لهن لبس الحرير الخالص وبعضهم قالوا : لايحل ، وأما لبس ماعلمه حرير إلى آخر ماقدمناه والمتبادر من هذه العبارة أن ماذكر من إطلاق العلم إنما هو فى حق النساء فإن ثبت هذا فلا إشكال والتوفيق به أحسن وإلا فهما روايتان (قوله هو ماسداه الخ) السدى بالفتح مامد من الثوب واللحمة بالضم ماتدخل بين السدى والابريسم بفتح السين وضمها الحرير (قوله الكلة بالكسر البشخانة والناموسية) كذا قاله ابن الشحنة وفى القاموس : الكلة بالكسر الستر الرقيق وغشاء رقيق يتوقى به من البعوض (قوله وتكره التكة) بالكسر رباط السراويل جمعها تكك قاموس (قوله هو الصحيح) ذكره فى القنية عن شرح الإرشاد ؛

(وكذا) تكره (القلنسوة وإن كانت تحت العمامة والكيس الذى يعلق) قنية :

(واختلف فى عصب الجراحة به) أى بالحرير كذا فى المجتبى وفيه أن له أن يزين بيته بالديباج ويتجمل

وفى التاترخانية ولا تكره تكة الحرير ، لأنها لاتلبس وحدها وفى شرح الجامع الصغير لبعض المشايخ لابأس بتكة الحرير للرجال عند أبى حنيفة ، وذكر الصدر الشهيد أنه يكره عندهما اه تأمل (قوله وكذا تكره القلنسوة) ذكر منلا مسكين عند قول المصنف فى مسائل شتى آخر الكتاب ، ولا بأس بلبس القلانس لفظ الجمع يشمل قلنسوة الحرير والذهب والفضة والكرباس والسواد والحمرة اه والظاهر أن المعتمد ماهنا لذكره فى محله صريحا لاأخذا من العموم ط وفى الفتاوى الهندية : يكره أن يلبس الذكور قلنسوة من الحرير أو الذهب أو الفضة أو الكرباس الذى خيط عليه إبريسم كثير أو شىء من الذهب أو الفضة أكثر من قدر أربع أصابع اه وبه يعلم حكم العرقية المسماة بالطاقية ، فإذا كانت منقشة بالحرير وكان أحد نقوشها أكثر من أربع أصابع لاتحل وإن كان أقل تحل، وإن زاد مجموع نقوشها على أربع أصابع بناء على مامر من أن ظاهر المذهب عدم جمع المتفرق (قوله والكيس الذى يعلق) أى يعلقه الرجل معه لاالذى يوضع ولا الذى يعلقه فى البيت، واحترز به عن الذى لايعلق والظاهر فى وجهه أن التعليق يشبه اللبس ، فحرم لذلك لما علم أن الشبهة فى باب المحرمات ملحقة باليقين رملى . والظاهر أن المراد بالكيس المعلق نحو كيس التمائم المسماة بالحمائل، فإنه يعلق بالعنق بخلاف كيس الدراهم إذا كان يضعه فى جيبه مثلا بدون تعليق : وفى الدر المنتقى : ولا تكره الصلاة على سجادة من الإبريسم ، لأن الحرام هو اللبس أما الإنتفاع بسائر الوجوه ، فليس بحرام كما فى صلاة الجواهر وأقره القهستانى وغيره :

قلت : ومنه يعلم حكم ماكثر السؤال عنه من بند السبحة فليحفظ اه فقوله هو اللبس أى ولو حكما لما فى القنية استعمال اللحاف من الإبريسم لايجوز ، لأنه نوع لبس بقى الكلام فى بند الساعة الذى تربط به ، ويعلقه الرجل بزر ثوبه والظاهر أنه كبند السبحة الذى تربط به تأمل، ومثله بند المفاتيح وبنود الميزان وليقة الدواة وكذا الكتابة فى ورق الحرير وكيس المصحف والدراهم ، وما يغطى به الأوانى وما تلف فيه الثياب وهو المسمى بقجة ونحو ذلك مما فيه انتفاع بدون لبس أو مايشبه اللبس : وفى القنية دلال يلقى ثوب الديباج على منكبيه للبيع يجوز إذا لم يدخل يديه فى الكمين وقال عين الأئمة الكرابيسى فيه كلام بين المشايخ اه ووجه الأول : أن إلقاء الثوب على الكتفين إنما قصد به الحمل دون الإستعمال فلم يشبه اللبس المقصود للانتفاع تأمل : ونقل فى القنية : أنه تكره اللفافة الإبريسمية والظاهر أن المراد بها شىء يلف على الجسد أو بعضها لامايلف بها الثياب تأمل (قوله واختلف الخ) فى الهندية وعلى الخلاف لبس التكة من الحرير قيل : يكره بالإتفاق وكذا عصابة المفتصد وإن كانت أقل من أربع أصابع ، لأنه أصل بنفسه كذا فى التمرتاشى اه ط (قوله أن يزين بيته الخ) ذكر الفقيه أبو جعفر فى شرح السير لابأس بأن يستر حيطان البيوت باللبود المنقشة وإذا كان قصد فاعله الزينة فهو مكروه : وفى الغياثية إرخاء الستر على الباب مكروه نص عليه محمد فى السير الكبير ، لأنه زينة وتكبر :

والحاصل : أن كل ماكان على وجه التكبر يكره وإن فعل لحاجة وضرورة لاوهو المختار اه هندية وظاهره أنه لو كان لمجرد الزينة بلا تكبر ولا تفاخر يكره لكن نقل بعده عن الظهيرية مايخالفه تأمل :

[تنبيه] يؤخذ من ذلك أن مايفعل أيام الزينة من فرش الحرير ووضع أوانى الذهب والفضة بلا استعمال جائز إذا لم يقصد به التفاخر بل مجرد امتثال أمر السلطان : بخلاف إيقاد الشموع والقناديل فى النهار فإنه لايجوز ، لأنه إضاعة مال إلا إذا خاف من معاقبة الحاكم وحيث كانت مشتملة على منكرات لايجوز التفرج عليها، وقدمر فى كتاب

بأوانى ذهب وفضة بلا تفاخر وفى القنية : يحسن للفقهاء لف عمامة طويلة ولبس ثياب واسعة وفيها لا بأس بشد خمار أسود على عينيه من إبريسم لعذر .

قلت : ومنه الرمد وفى شرح الوهبانية عن المنتقى : لا بأس بعروة القميص وزره من الحرير ، لأنه تبع وفى التتارخانية عن السير الكبير: لابأس بأزرار الديباج والذهب وفيها عن مختصر الطحاوى لا يكره علم الثوب من الفضة ويكره من الذهب قالوا وهذا مشكل فقد رخص الشرع فى الكفاف والكفاف قد يكون من الذهب اه (ويحل توسده وافتراشه) والنوم عليه وقالا : والشافعى ومالك حرام وهو الصحيح كما فى المواهب .

قلت : فليحفظ هذا لكنه خلاف المشهور وأماجعله دثارا أو إزاراً فإنه يكره بالإجماع سراج. وأما الجلوس

الشهادات مما ترد به الشهادة الخروج لفرجة قدوم أمير أى لما تشتمل عليه من المنكرات ومن اختلاط النساء بالرجال فهذا أولى فتنبه (قوله لف عمامة طويلة) لعلهم تعارفوها كذلك فإن كان عرف بلاد أخر أنها تعظم بغير الطول يفعل لإظهار مقام العلم ، ولأجل أن يعرفوا فيسئلوا عن أمور الدين ط (قوله وفيها) أى فى القنية ونصها يضره النظر الدائم إلى الثلج وهو يمشى فيه لابأس بأن يشد على عينيه خمارا أسود من الإبريسم قلت فنى العين الرمدة أولى اه .

وفى التاترخانية : أما للحاجة فلا بأس بلبسه لما روى عن عبد الرحمن بن عوف والزبير رضى الله تعالى عنهما أنه كان بهما جرب كثير فاستأذنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فى لبس الحرير فأذن لهما اه .

أقول : لكن صرح الزيلعى قبيل الفصل الآتى أنه عليه الصلاة والسلام رخص ذلك خصوصية لهما تأمل (قوله فقد رخص الشرع فى الكفاف الخ) الكفاف موضع الكف من القميص وذلك فى مواصل البدن والدخاريص أو حاشية الذيل مغرب قال ط : وفيه أن الوارد عن الشارع صلى الله عليه وسلم أنه لبس الجبة المكفوفة بحرير ، فليس فيه ذكر فضة ولا ذهب فليتأمل وليحرر اه .

أقول : الظاهر أن وجه الاستشكال أن كلا من العلم والكفاف فى الثوب إنما حل لكونه قليلا وتابعاً غير مقصود كما صرحوا به ، وقد استوى كل من الذهب والفضة والحرير فى الحرمة فترخيص العلم والكفاف من الحرير ترخيص لهما من غيره أيضاً بدلالة المساواة ، ويؤيد عدم الفرق ما مر من إباحة الثوب المنسوج من ذهب أربعة أصابع وكذا كتابة الثوب بذهب أو فضة والإناء ونحوه المضبب بهما فتأمل والإشكال الوارد هنا وارد أيضاً على ما قدمه عن المجتبى فى علم العمامة (قوله ويحل توسده) الوسادة المخدة منح وتسمى مرفقة إنما حل لما روى : أن النبى صلى الله عليه وسلم جلس على مرفقة حرير وكان على بساط ابن عباس رضى الله تعالى عنهما مرفقة حرير وروى أن أنسا رضى الله تعالى عنه حضر وليمة فجلس على وسادة حرير ، ولأن الجلوس على الحرير استخفاف وليس بتعظيم فجرى مجرى الجلوس على بساط فيه تصاوير منح عن السراج (قوله وقال الخ) قيل أبو يوسف مع أبى حنيفة وقيل مع محمد (قوله كما فى المواهب) ومثله فى متن درر البحار قال القهستانى ، وبه أخذ أكثر المشايخ كما فى الكرمانى اه ونقل مثله ابن الكمال (قوله لكنه خلاف مشهور) قال فى الشرنبلالية : قلت : هذا الصحيح خلاف ما عليه المتون والمعتبرة المشهورة والشروح (قوله وأما جعله دثارا) الدثار بالكسر ما فوق الشعار من الثياب والشعار ككتاب ما تحت الدثار من اللباس وهو ما يلى شعر الجسد ويفتح جمعه أشعرة قاموس؛ فالدثار مالا يلاقى الجسد والشعار بخلافه ، وشمل الدثار مالو كان بين ثوبين ، وإن لم يكن ظاهرا إلا إذا كان حشوا كما قدمناه عن الهندية (قوله فإنه يكره بالإجماع) وأما ما نقله صاحب المحيط من أنه إنما يحرم ما مس الجلد كما

على الفضة فحرام بالإجماع شرح مجمع (و) يحل (لبس ما سداه إبريسم ولحمته غيره) كـكتان وقطن وخز لأن الثوب إنما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة دون السدى :

قلت : وفى الشرنبلالية عن المواهب يكره ما سداه ظاهر كالعتابى وقيل لا يكره ونحوه فى الاختيار :

قلت : ولا يخفى أن المرجح اعتبارا للحمة كما يعلم من العزمية بل فى المجتبى أن أكثر المشايخ أفتوا بخلافه وفى شرح المجمع الخز صوف غنم البحر اه .

لقـدم ، فلعله لم يعتبره لضعفه أفاده ط (قوله فحرام بالإجماع) لأنه استعمال تام إذ الذهب والفضة لا يلبسان زيلعى :

أقول : ولعله عبر هنا بالحرمة وفيما قبله بالكراهة لشبهة الخلاف ؛ فإن ما نقله صاحب المحيط عن الإمام قد نقل عن ابن عباس أيضاً رضى تعالى عنهما تأمل :

[تتمة] يجرى الاختلاف المار بين الإمام وصاحبيه فى ستر الحرير وتعليقه على الأبواب كما فى الهداية ، وكذا لا يكره وضع ملاءة الحرير على مهد الصبى ، وقدمنا كراهة استعمال اللحاف من الابريسم ، لأنه نوع لبس بخلاف الصلاة على السجادة منه ، لأن الحرام هو اللبس دون الانتفاع :

أقول : ومفاده جواز اتخاذ خرقة الوضوء منه بلا تـكبر إذ ليس بلبس لا حقيقة ولا حكما بخلاف اللحاف والتكة وعصابة المفتصد تأمل لـكن نقل الحموى عن شرح الهاملية للحدادى أنه تـكره الصلاة على الثوب الحرير للرجال اه :

قلت : والأول أوجه إذ لا فرق يظهر بين الافتراش للجلوس أو النوم أو للصلاة تدبر ويؤخذ من مسئلة اللحاف والكيس المعلق ونحو ذلك أن مايمد على الركب عند الأكل فيقى الثوب ما يسقط من الطعام والدسم ويسمى بشكيرا يكره إذا كان من حرير لأنه نوع لبس وما اشتهر على ألسنة العامة أنه يقصد به الاهانة فذلك فيما ليس فيه نوع لبس كالتوسد والجلوس ، فإن الإهانة فى التكة وعصابة الفصادة أبلغ ومع هذا تـكره فـكذا ما ذكر تأمل (قوله ولحمته غيره) سواء كان مغلوبا أو غالبا أومساويا للحرير وقيل لايلبس إلا إذا غلبت اللحمة على الحرير والصحيح الأول كما فى المحيط وأقره القهستانى وغيره در منتقى (قوله وخز) بفتح الخاء المعجمة وتشديد الزاى ويأتى معناه (قوله فكانت هى المعتبرة دون السدى) لما عرف أن العبرة فى الحكم لآخر وصفى العلة كفاية (قوله كالعتابى) هو مثل القطنى والأطلس فى زماننا (قوله ونحوه فى الاختيار) حيث قال : وما كان سداه ظاهراً كالعتابى قيل يكره ، لأن لابسه فى منظر العين لابس حرير وفيه خيلاء وقيل لا يـكره اعتباره باللحمة اه ط (قوله قلت ولا يخفى الخ) اعلم أن المتون مطلقة فى حل لبس ماسداه إبريسم ولحمته غيره كعبارة المصنف : وهى كذلك فى الجامع الصغير للإمام محمد رحمه الله وقد علل المشايخ المسئلة بتعليلين الأول ما قدمه الشارح ، وهو المذكور فى الهداية والثانى ما نقل عن الإمام أبو منصور الماتريدى رحمه الله تعالى ، وهو أن اللحمة تـكون على ظاهر الثوب ترى وتشاهد فالتعليل الأول ناظر إلى اعتبار اللحمة مطلقاً لأنها كآخر وصفى العلة كما مر ، والثانى ناظر إلى ظهورها فعلى التعليل الأول يجوز لبس العتابى ونحوه وعلى الثانى يكره كما ذكره شراح الهداية وفى تقرير الزيلعى هنا خفاء ، وظاهر إطلاق المتون اعتبار التعليل الأول ولذا قال فى الهداية بعده والاعتبار للحمة على ما بينا (قوله بل فى المجتبى الخ) ونصه إنما يجوز ما كان سداه إبريسما ولحمته قطن إذا كان مخلوطاً لايتبين فيه الإبريسم ، أما إذا صار على وجهه كالعتابى فى زماننا والششترى والقتبى فإنه يكره للتشبه بزى الجبابرة قلت : ولـكن

قلت : وهذا كان فى زمانهم وأما الآن فمن الحرير وحينئذ فيحرم برجندى وتتارخانية فليحفظ (و) حل (عكسه فى الحرب فقط) لوصفيقا يحصل به اتقاء العدو فلو رقيقا حرم بالإجماع لعدم الفائدة سراج وأما خالصه فيكره فيها عنده خلافا لهما ملتقى :

قلت : ولم أر مالو خلطت اللحمة بإبريسم وغيره والظاهر اعتبار الغالب وفى حاوى الزاهدى : يكره ماكان ظاهره قز أو خط منه خز وخط منه قز وظاهر المذهب عدم جمع المتفرق إلا إذا كان خط منه قز وخط منه غيره بحيث يرى كله قزا فأما إذا كان كل واحد مستبينا كالطراز فى العمامة فظاهر المذهب أنه لايجمع اه وأقره شيخنا ه

أكثر المشايخ أفتوا على خلافه اه (قوله قلت وهذا) أى كون الخز صوف غنم البحر قال فى التاترخانية : والخز اسم لدابة يكون على جلدها خز وأنه ليس من جملة الحرير ثم قال بعده قال الإمام ناصر الدين الخز فى زمانهم من أوبار الحيوان المائى (قوله وحل عكسه فى الحرب فقط) حاصل المسئلة على ثلاثة أوجه قال فى التاترخانية ما لحمته غير حرير وسداه حرير يباح لبسه فى حالة الحرب أى وغيرها وما لحمته حرير وسداه غير حرير يباح لبسه فى حالة الحرب بالإجماع ، وأما مالحمته وسداه حرير ففى لبسه حالة الحرب خلاف بين أصحابنا وعلمائنا اه وظاهر التقييد بحالة الحرب أن المراد وقت الاشتغال بها لكن فى القهستانى وعن محمد لا بأس للجندى إذا تأهب للحرب بلبس الحرير ، وإن لم يحضره العدو ولكن لا يصلى فيه إلا أن يخاف العدو اه (قوله لوصفيقا) ضد الرقيق (قوله فلو رقيقا الخ) اعلم أن لبس الحرير لايجوز بلا ضرورة مطلقا فما كان سداه غير حرير ولحمته حرير يباح لبسه فى الحرب للضرورة وهى شيآن التهيب بصورته وهو بريقه ولمعانه والثانى ضعف معرة السلاح أى مضرته إتقانى فإذا كان رقيقا لم تتم الضرورة فحرام إجماعا بين الإمام وصاحبيه (قوله فيكره فيها) أى فى الحرب عنده لأن الضرورة تندفع بالأدنى ، وهو المخلوط وهو ما لحمته حرير فقط ، لأن البريق واللمعان بظاهره واللحمة على الظاهر ، ويدفع معرة السلاح أيضا والمخلوط وإن كان حريرا في الحكم ففيه شبهة الغزل فكان دون الحرير الخالص والضرورة اندفعت بالأدنى فلا يصار إلى الأعلى وما رواه الشعبى إن صح يحمل على المخلوط إتقانى (قوله خلافا لهما) قال فى التاترخانية إنما لا يكره عندهما لبس الحرير فى الحرب إذا كان صفيقا يدفع معرة السلاح ، فلو رقيقا لا يصلح لذلك كره بالإجماع اه :

أقول : والحاصل أنه عند الإمام لا يباح الحرير الخالص فى الحرب مطلقا ، بل يباح ما لحمته فقط حرير لوصفيقا وأما عندهما فيباح كل منهما فى الحرب لوصفيقا ولو رقيقا فلا خلاف فى الكراهة فافهم وتأمل فيما فى الشرنبلالية (قوله قلت ولم أر الخ) مأخوذ من حاشية شيخه الرملى وتمام عبارته ثم رأيت فى الحاوى الزاهدى بعلامة جمع التفاريق ، وماكان من الثياب الغالب عليه غير القز كالخز ونحوه لا بأس به فقد وافق بحثنا المنقول ولله الحمد اه ثم نقل عبارة الحاوى التى ذكرها الشارح ولم يزد بعدها شيئا ، فلذا قال الشارح وأقره شيخنا وأجاب الشارح أيضا فى شرحه على الملتقى بقوله : ثم رأيته فى الأشباه فى قاعدة إذا اجتمع الحلال والحرام ألحقه بمسئلة الأوانى وحينئذ فيحل لو حريرا للحمة مساويا وزنا أو أقل لا أزيد اه وبين الجوابين فرق فإن مافى الأشباه مصرح بحل المساواة ، وما ذكره الرملى وتبعه الشارح ساكت عنه ، وقد أجاب البيرى بعبارة الزاهدى المارة أيضا :

وأقول : تحتمل عبارة الزاهدى أن تكون مبنية على القول الضعيف من اعتبار غلبة اللحمة على الحرير كما قدمناه فلا تصلح للجواب تأمل (قوله ماكان ظاهره قز) اسم كان ضمير الشأن والجملة من المبتدإ والخبر خبرها والقز الابريسم كما فى القاموس أو نوع منه كما فى الصحاح (قوله أوخط منه خز الخ) أقول : ليس المراد

قلت : وقد علمت أن العبرة للحمة لا للظاهر على الظاهر فافهم (وكره لبس المعصفر والمزعفر الأحمر والأصفر للرجال) مفاده أنه لا يكره للنساء (ولا بأس بسائر الألوان) وفي المجتبى والقهستانى وشرح النقاية لأبى المكارم : لابأس بلبس الثوب الأحمر اه ومفاده أن الكراهة تنزيهية لكن صرح فى التحفة بالحرمة فأفاد أنها تحريمية وهى المحمل عند الإطلاق قاله المصنف :

قلت : وللشرنبلالى فيه رسالة نقل فيها ثمانية أقوال منها : أنه مستحب (ولايتحلى) الرجل (بذهب وفضة)

بالخط ما يكون فى السدى طولا ، لأن السدى لايعتبر ولوكان كله قزا بل المراد بالخط ما يكون فى اللحمة عرضا ، فإذاكان المراد ذلك ظهر منه جواب آخر عن المسئلة السابقة بأن يقال إذا خلطت اللحمة بابريسم وغيره بحيث يرى كله إبريسما كره وإن كان كل واحد مستبينا كالطراز لم يكره ، لأن ظاهر المذهب عدم الجمع فيما لم يبلغ أربع أصابع ، ويظهر لى أن هذا الجواب أحسن من الجواب السابق فتأمل فيه (قوله قلت وقد علمت الخ) استدراك على ما فى الحاوى وعلى شيخه حيث أقره ، فإن قوله يكره ماكان ظاهره قز مفرع على اعتبار الظاهر وكراهة نحو العتابى والمرجح خلافه كما مر ولا يرد هذا على ما استظهرناه آنفا فى الجواب ، لأن عدم اعتبار الظاهر إنما هو فى السدى وكلا منا السابق فى اللحمة (قوله على الظاهر) أى الراجح وليس المراد ظاهر الرواية كما هو اصطلاحه فى إطلاق هذا اللفظ تأمل (قوله لا بأس بلبس الثوب الأحمر) وقد روى ذلك عن الإمام كما فى الملتقط اه ط (قوله ومفاده أن الكراهة تنزيهية) لأن كلمة لا بأس تستعمل غالبا فيما تركه أولى منح (قوله فى التحفة) أى تحفة الملوك منح (قوله فأفاد أنها تحريم الخ) هذا مسلم لو لم يعارضه تصريح غيره بخلافه ففى جامع الفتاوى قال أبو حنيفة والشافعى ومالك : يجوز لبس المعصفر وقال جماعة من العلماء : مكروه بكراهة التنزيه ، وفى منتخب الفتاوى قال صاحب الروضة يجوز للرجال والنساء لبس الثوب الأحمر والأخضر بلاكراهة ، وفى الحاوى الزاهدى يكره للرجال لبس المعصفر والمزعفر والمورس والمحمر أى الأحمر حريراكان أو غيره إذا كان فى صبغه دم وإلافلا . ونقله عن عدة كتب ، وفى مجمع الفتاوى لبس الأحمر مكروه وعند البعض لايكره، وقيل يكره إذا صبغ بالأحمر القانى لأنه خلط بالنجس وفى الواقعات مثله ولوصبغ بالشجر البقم لايكره ولو صبغ بقشر الجوز عسليا لايكره لبسه إجماعا اه فهذه النقول مع ما ذكره عن المجتبى والقهستانى وشرح أبى المكارم تعارض القول بكراهة التحريم إن لم يدع التوفيق بحمل التحريم على المصبوغ بالنجس أو نحو ذلك (قوله وللشرنبلالى فيه رسالة) سماها تحفة الأكمل والهمام المصدر لبيان جواز لبس الأحمر وقد ذكر فيها كثيرا من النقول منها ما قدمناه وقال لم نجد نصا قطعيا لإثبات الحرمة ووجدنا النهى عن لبسه لعلة قامت بالفاعل من تشبه بالنساء أو بالأعاجم أو التكبر وبانتفاء العلة تزول الكراهة بإخلاص النية لإظهار نعمة الله تعالى وعروض الكراهة للصبغ بالنجس تزول بغسله ، ووجدنا نص الإمام الأعظم على الجواز ودليلا قطعيا على الاباحة ، وهو إطلاق الأمر بأخذ الزينة ووجدنا فى الصحيحين موجبه ، وبه تنتفى الحرمة والكراهة بل يثبت الاستحباب اقتداء بالنبى صلى الله عليه وسلم اه ومن أراد الزيادة على ذلك فعليه بها :

أقول : ولكن جل الكتب على الكراهة كالسراج والمحيط والاختيار والمنتقى والذخيرة وغيرها وبه أفتى العلامة قاسم وفى الحاوى الزاهدى ولا يكره فى الرأس إجماعا (قوله ثمانية أقوال) نقلها عن القسطلانى (قوله منها أنه مستحب) هذا ذكره الشرنبلالى بحثا كما قدمناه وليس من الثمانية (قوله ولا يتحلى) أى لايتزين درر

مطلقا (إلا بخاتم ومنطقة وحلية سيف منها) أى الفضة إذا لم يرد به التزين ؛
وفى المجتبى : لا يحل استعمال منطقة وسطها من ديباج وقيل يحل إذا لم يبلغ عرضها أربع أصابع وفيها بعد سبع ورق ولا يكره فى المنطقة حلقة حديد أو نحاس وعظم وسيجىء حكم لبس اللؤلؤ (ولا يتختم) إلا بالفضة لحصول الاستغناء بها فيحرم (بغيرها كحجر) وصحح السرخسى

(قوله مطلقا) سواء كان فى حرب أو غيره ط وأما جواز الجوشن والبيضة فى الحرب فقدمنا أنه قولهما (قوله ومنطقة) بكسر الميم وفتح الطاء قهستانى وهى اسم لما يسميه الناس بالحياصة مصباح ، والحياصة : سير يشد به حزام السرج قاموس وفيه منطقه كمكنسة ماينتطق به ، وانتطق الرجل شد وسطه بمنطقة كـتنطق اه وهذا أنسب هنا ، لأن الحياصة للدابة والـكلام فى تحلية الرجل نفسه تأمل ، ثم رأيت فى بعض الشروح أن المنطقة بالفارسية الـكمر وعلى عرف الناس الحياصة اه (قوله وحلية سيف) وحمائله من جملة حليته شرنبلالية والشرط أن لا يضع يده على موضع الفضة كما قدمه (قوله منها) أى الفضة لا من الذهب درر وقال فى غرر الأفـكار : حال كون كل من الخاتم والمنطقة والحلية منها أى الفضة لورود آثار اقتضت الرخصة منها فى هذه الأشياء خاصة اه (قوله إذا لم يرد به التزين) الظاهر أن الضمير فى به راجع إلى الخاتم فقط لأن تحلية السيف والمنطقة لأجل الزينة ، لا لشىء آخر بخلاف الخاتم ويدل عليه ما فى الـكفاية ، حيث قال : قوله إلا بالخاتم هـذا إذا لم يرد به التزين وذكر الإمام المحبوبى ، وإن تختم بالفضة قالوا إن قصد به التجبر يكره ، وإن قصد به التختم ونحوه لا يكره اه لـكن سيأتى أن ترك التختم لمن لا يحتاج إلى الختم أفضل ، وظاهره أنه لا يكره للزينة بلا تجبر ويأتى تمامه تأمل (قوله وقيل يحل الخ) لم يعبر فى المجتبى بلفظة قيل بل رمز للأول إلى كتاب ثم رمز لهذا إلى كتاب آخر ومقتضى الأول عدم التقدير بشىء وهو ظاهر المتون فى الفضة . وفى الحاوى القدسى : إلا الخاتم قدر درهم والمنطقة وحلية السيف من الفضة اه وهكذا عامة عباراتهم مطلقة ، لـكن فى القنية لا بأس باستعمال منطقة حلقتاها فضة لا بأس إذا كان قليلا وإلا فلا اه وفى الظهيرية وعن أبى يوسف : لا بأس بأن يجعل فى أطراف سيور اللجام ، والمنطقة الفضة ويكره أن يجعل جميعه أو عامته الفضة اه فتأمل ولم أر من قدر حلية السيف بشىء (قوله وسيجىء) أى آخرا قبيل الفروع (قوله ولا يتختم إلا بالفضة) هذه عبارة الإمام محمد فى الجامع الصغير أى بخلاف المنطقة فلا يكره فيها حلقة حديد ونحاس كما قدمه ، وهل حلية السيف كذلك يراجع قال الزيلعى : وقد وردت آثار فى جواز التختم بالفضة وكان للنبى صلى الله تعالى عليه وسلم خاتم فضة وكان فى يده الـكريمة ، حتى توفى صلى الله تعالى عليه وسلم ، ثم فى يد أبى بكر رضى الله تعالى عنه إلى أن توفى ، ثم فى يد عمر رضى الله تعالى عنه إلى أن توفى ، ثم فى يد عثمان رضى الله تعالى عنه إلى أن وقع من يده فى البئر فأنفق مالا عظيما فى طلبه فلم يجده ، ووقع الخلاف فيما بينهم والتشويش من ذلك الوقت إلى أن استشهد رضى الله تعالى عنه (قوله فيحرم بغيرها الخ) لما روى الطحاوى بإسناده إلى عمران بن حصين وأبى هريرة قال : « نهى رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم عن خاتم الذهب » وروى صاحب السنن بإسناده إلى عبد الله بن بريدة عن أبيه : أن رجلا جاء إلى النبى صلى الله تعالى عليه وسلم وعليه خاتم من شبه فقال له : « مالى أجد منك ريح الأصنام فطرحه ، ثم جاء وعليه خاتم من حديد فقال : مالى أجد عليك حلية أهل النار فطرحه فقال : يارسول الله من أى شىء أتخذه ؟ قال : اتخذه من ورق ولا تتمه مثقالا » فعلم أن التختم بالذهب والحديد والصفر حرام فألحق اليشب بذلك لأنه قد يتخذ منه الأصنام ، فأشبه الشبه الذى هو منصوص معلوم بالنص إتقانى والشبه محركا النحاس الأصفر قاموس وفى الجوهرة والتختم

جواز اليشب والعقيق وعمم منلا خسرو (وذهب وحديد وصفر) ورصاص وزجاج وغيرها لما مر فإذا ثبت كراهة لبسها للتختم ثبت كراهة بيعها وصيغها لما فيه من الإعانة على مالا يجوز وكل ما أدى إلى مالا يجوز لايجوز وتمامه فى شرح الوهبانية (والعبرة بالحلقة) من الفضة (لابالفص) فيجوز من حجر وعقيق وياقوت وغيرها وحل مسمار الذهب فى حجر الفص

بالحديد والصفر والنحاس والرصاص مكروه للرجال والنساء (قوله جواز اليشب) بالباء أو الفاء أو الميم وفتح أوله وسكون ثانيه وتحريكه خطأ كما فى المغرب ، قال القهستانى : وقيل إنه ليس بحجر فلا بأس به وهو الأصح كما فى الخلاصة اهـ (قوله والعقيق) قال فى غرر الأفكار والأصح أنه لا بأس به ، لأنه عليه الصلاة والسلام تختم بعقيق وقال : « تختموا بالعقيق فإنه مبارك » ولأنه ليس بحجر إذ ليس له ثقل الحجر ، وبعضهم أطلق التختم بيشب وبلور وزجاج (قوله وعمم منلا خسرو) أى عمم جواز التختم بسائر الأحجار حيث قال بعد كلام فالحاصل : أن التختم بالفضة حلال للرجال بالحديث وبالذهب والحديد والصفر حرام عليهم بالحديث وبالحجر حلال على اختيار شمس الأئمة وقاضيخان أخذا من قول الرسول وفعله صلى الله عليه وسلم لأن حل العقيق لما ثبت بهما ثبت حل سائر الأحجار لعدم الفرق بين حجر وحجر وحرام على اختيار صاحب الهداية والكافى أخذا من عبارة الجامع الصغير المحتملة : لأن يكون القصر فيها بالإضافة إلى الذهب ، ولا يخفى ما بين المأخذين من التفاوت اهـ

أقول : لا يخفى أن النص معلول كما قدمناه ، فالإلحاق بما ورد به النص فى العلة التى فيه أخذ من النص أيضا والنص على الجواز بالعقيق يحتمل عدم الثبوت عند المجتهد أو ترجيح غيره عليه ، على أن العقيق أو اليشب ليسا من الحجر كما مر ، فقياس غيرهما عليهما يحتاج إلى دليل ، واتباع المجتهد اتباع للنص ، لأنه تابع للنص غير مشرع قطعا وتأويل عبارة المجتهد العارف بمحاورات الكلام عدول عن الانتظام ، كيف ولو كان القصر فيها بالإضافة إلى الذهب لزم منها إباحة نحو الصفر والحديد مع أن مراد المجتهد عدمها (قوله لما مر) أى من قوله ولا يتختم إلا بالفضة الذى هو لفظ محرر المذهب الامام محمد رحمه الله تعالى فافهم (قوله فإذا ثبت الخ) نقله ابن الشحنة عن ابن وهبان ، ثم قال : والظاهر أنه لم يقف على التصريح بكراهة بيعها ، وقد وقفت عليه فى القنية قال ويكره بيع خاتم الحديد والصفر ونحوه بيع طين الأكل أما بيع الصورة فلم أقف عليها والوجه فيها ظاهر (قوله وصيغها) صوابه وصوغها اهـ ح ورأيت فى بعض النسخ وصنعها بالنون بين الصاد والعين المهملتين ، والذى فى شرح الوهبانية صيغتها ، وفى القاموس : صاغ الله فلانا صيغة حسنة خلقه والشىء هيأه على مثال مستقيم فانصاغ وهو صواغ وصائغ وصياغ والصياغة بالكسر حرفته اهـ وظاهر قوله وصياغ أنه جاء بائى العين تأمل (قوله لما فيه من الإعانة الخ) قال ابن الشحنة إلا أن المنع فى البيع أخف منه فى اللبس إذ يمكن الانتفاع بها فى غير ذلك ويمكن سبكها وتغيير هيئتها (قوله وكل ما أدى الخ) يتأمل فيه مع قول أئمتنا بجواز بيع العصير من خمار شرنبلالى ، ويمكن الفرق بما يأتى من أن المعصية لم تقم بعين العصير بل بعد تغيره .

[فرع] لا بأس بأن يتخذ خاتم حديد قد لوى عليه فضة وألبس بفضة حتى لا يرى تاترخانية (قوله وحل مسمار الذهب الخ) يريد به المسمار ليحفظ به الفص تاترخانية لأنه تابع كالعلم فى الثوب فلا يعد لابسا له هداية ، وفى شرحها للعينى فصار كالمستهلك أو كالأسنان المتخذة من الذهب على جوالى خاتم الفضة فإن الناس يجوزونه من غير نكير ويلبسون تلك الخواتم قال ط : ولم أر من ذكر جواز الدائرة العليا من الذهب بل ذكرهم حل المسمار فيه يقتضى حرمة غيره اهـ

أقول : مقتضى التعليل المار جوازها ويمكن دخولها فى الفضة أيضا تأمل (قوله فى حجر الفص) أى ثقبه

ويجعله لبطن كفه فى يده اليسرى وقيل اليمنى إلا أنه من شعار الروافض فيجب التحرز عنه قهستانى وغيره ؛
قلت : ولعله كان وبان فتبصر وينقشه اسمه أواسم الله تعالى لا تمثال إنسان أوطير ولا محمد رسول الله ولا يزيده على مثقال (وترك التختم لغير السلطان والقاضى) وذى حاجة إليه كمتول (أفضل ولا يشد سنه)

هداية ومقتضاه أنه بتقديم الجيم على الحاء وهى رواية وفى أخرى بالعكس قال فى المغرب وهى الصواب لأن الجحر جحر الضب أو الحية أو اليربوع وهو غير لائق هنا (قوله ويجعله) أى الفص لبطن كفه بخلاف النسوان لأنه تزين فى حقهن هداية (قوله فى يده اليسرى) وينبغى أن يكون فى خنصرها دون سائر أصابعه ودون اليمنى ذخيرة (قوله فيجب التحرز عنه) عبارة القهستانى عن المحيط : جاز أن يجعله فى اليمنى إلا أنه شعار الروافض اه ونحوه فى الذخيرة تأمل (قوله ولعله كان وبان) أى كان ذلك من شعارهم فى الزمن السابق ، ثم انفصل والقطع فى هذه الأزمان ، فلا ينهى عنه كيفما كان . وفى غاية البيان قد سوى الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير بين اليمين واليسار ، وهو الحق لأنه قد اختلفت الروايات عن رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم فى ذلك وقول بعضهم إنه فى اليمين من علامات أهل البغى ليس بشىء ، لأن النقل الصحيح عن رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم ينفى ذلك اه وتمامه فيه (قوله أو اسم الله تعالى) فلو نقش اسمه تعالى أو اسم نبيه صلى الله عليه وسلم استحب أن يجعل الفص فى كمه إذا دخل الخلاء ، وأن يجعله فى يمينه إذا استنجى قهستانى (قوله لا تمثال إنسان) التمثال بالفتح التمثيل وبالكسر الصورة قاموس (قوله أو طير) لحرمة تصوير ذى الروح لكنه سبق فى مكروهات الصلاة أن نقش غير المستبين الذى لا يبصر من بعد لا يضر ، وقد نقش فى خاتم دانيال لبوة بين يديها صغير ترضعه ، وكان فى خاتم بعض السلف ذبابتان فليراجع ط ؛

أقول : الذى سبق إنما هو فى عدم كراهة الصلاة بها لا فى نقشها والكلام هنا فى فعل النقش ، وفى التاترخانية قال الفقيه لو كان على خاتم فضة تماثيل لا يكره ، وليس كتماثيل فى الثياب فى البيوت لأنه صغير وروى عن أبى هريرة أنه كان على خاتمه ذبابتان اه تأمل (قوله ولا محمد رسول الله) فى محل نصب عطفا على تمثال وذلك لأنه نقش خاتمه صلى الله عليه وسلم وكان ثلاثة أسطر كل كلمة سطر . وقد نهى عليه الصلاة والسلام أن ينقش أحد عليه كما رواه فى الشمائل : أى على هيئته أو مثل نقشه ، ونقش خاتم أبى بكر ، نعم القادر الله ، وعمر كفى بالموت واعظا وعثمان : لتصبرن أو لتندمن ، وعلى : الملك لله وأبى حنيفة : قل الخير وإلا فاسكت وأبى يوسف : من عمل برأيه فقد ندم ومحمد : من صبر ظفر اه قهستانى عن البستان (قوله ولا يزيده على مثقال) وقيل لا يبلغ به المثقال ذخيرة ؛

أقول : ويؤيده نص الحديث السابق من قوله عليه الصلاة والسلام « ولا تتممه مثقالا » (قوله وترك التختم الخ) أشار إلى أن التختم سنة لمن يحتاج إليه كما فى الاختيار قال القهستانى : وفى الكرمانى نهى الحلوانى بعض تلامذته عنه ، وقال : إذا صرت قاضيا فتختم وفى البستان عن بعض التابعين لا يتختم إلا ثلاثة : أمير ، أو كاتب ، أو أحمق وظاهره أنه يكره لغير ذى الحاجة لكن قول المصنف أفضل كالهداية وغيرها يفيد الجواز ، وعبر فى الدرر بأولى وفى الإصلاح بأحب ، فالنهى للتنزيه وفى التاترخانية عن البستان : كره بعض الناس اتخاذ الخاتم إلا لذى سلطان وأجازه عامة أهل العلم ، وعن يونس بن أبى إسحق قال : رأيت قيس بن أبى حازم وعبد الرحمن بن الأسود والشعبى وغيرهم يتختمون فى يسارهم وليس لهم سلطان ولأن السلطان يلبس للزينة والحاجة إلى الختم وغيره فى حاجة الزينة والختم سواء فجاز لغيره وبه نأخذ اه فهو اختيار للجواز كما هو قول العامة ، ولا ينافى أن تركه أولى لغير ذى حاجة فافهم ؛ ومقتضاه أنه لا يكره لقصد الزينة والختم وأما لقصد الزينة فقط فقد مر فتدبر (قوله وذى حاجة إليه كمتول)

المتحرك (بذهب بل بفضة) وجوزهما محمد (ويتخذ أنفا منه) لأن الفضة تنتنه (وكره إلباس الصبى ذهبا أو حريراً)

قال فى المنح وظاهر كلامهم أنه لاخصوصية لهما أى للسلطان والقاضى ؛ بل الحكم فى كل ذى حاجة كذلك ، فلو قيل وتركه لغير ذى حاجة إليه أفضل ، ليدخل فيه المباشر ومتولى الأوقاف وغيرهما ممن يحتاج إلى الختم لضبط المال كان أعم فائدة كما لايخفى اه :

أقول : قول الاختيار : التختم سنة لمن يحتاج إليه كالسلطان والقاضى ومن فى معناهما صريح فى ذلك ، ومثله فى الخانية وانظر هل يدخل فى الحاجة ختمه لنحو إجازة أو شهادة ، أو إرسال كتاب ولو نادرا فلا يكون ترك التختم فى حقه أولى يحرر :

[تتمة] إنما يجوز التختم بالفضة لوعلى هيئة خاتم الرجال أما لو له فصان أو أكثر حرم قهستانى وذكر العلامة عبد البر بن الشحنة أن والده أنشده قوله :

تختم كيف شئت ولا تبالى ... بخنصرك اليمين أو الشمال
سوى حجر وصفر أو حديد ... أو الذهب الحرام على الرجال
وإن أحببت باسمك فانقشنه ... وباسم الله ربك ذى الجلال

(قوله المتحرك) قيد به لما قال الكرخى إذا سقطت ثنية رجل فإن أبا حنيفة يكره أن يعيدها ، ويشدها بفضة أو ذهب ويقول هى كسن ميتة ولكن يأخذ سن شاة ذكية يشد مكانها وخالفه أبو يوسف فقال لابأس به ولا يشبه سنه سن ميتة استحسن ذلك وبينهما فرق عندى وإن لم يحضرنى اه إتقانى . زاد فى التاترخانية قال بشر قال أبويوسف : سألت أبا حنيفة عن ذلك فى مجلس آخر فلم ير بإعادتها بأسا (قوله وجوزهما محمد) أى جوز الذهب والفضة أى جوز الشد بهما وأما أبو يوسف فقيل معه وقيل مع الإمام (قوله لأن الفضة تنتنه) الأولى تنتن بلا ضمير وأشار إلى الفرق للإمام بين شد السن ، واتخاذ الأنف فجوز الأنف من الذهب لضرورة نتن الفضة لأن المحرم لايباح إلا لضرورة وقد اندفعت فى السن بالفضة فلا حاجة إلى الأعلى وهو الذهب : قال الإتقانى : ولقائل أن يقول مساعدة لمحمد لانسلم أنها فى السن ترتفع بالفضة لأنها تنتن أيضا وأصل ذلك ماروى الطحاوى بإسناده إلى عرفجة بن سعد أنه أصيب أنفه يوم الكلاب فى الجاهلية فاتخذ أنفا من ورق فأنتن عليه ، فأمره النبى صلى الله عليه وسلم أن يتخذ أنفا من ذهب ، ففعل ، والكلاب بالضم والتخفيف : اسم واد كانت فيه وقعة عظيمة للعرب هذا . وظاهر كلامه جواز الأنف منهما اتفاقا ، وبه صرح الإمام البزدوى وذكر الإمام الإسبيجابى أنه على الاختلاف أيضا : وفى التاترخانية وعلى هذا الاختلاف إذا جدع أنفه أو أذنه أو سقط سنه ، فأراد أن يتخذ سنا آخر فعند الإمام يتخذ ذلك من الفضة فقط ، وعند محمد من الذهب أيضا اه ، وأنكر الإتقانى ثبوت الاختلاف فى الأنف بأنه لم يذكر فى كتب محمد والكرخى والطحاوى ، وبأنه يلزم عليه مخالفة الإمام للنص ونازعه المقدسى بأن الإسبيجابى حجة فى النقل ، وبأن الحديث قابل للتأويل ، واحتمال أن ذلك خصوصية لعرفجة كما خص عليه الصلاة والسلام الزبير وعبدالرحمن بلبس الحرير لحكة فى جسدهما ، كما فى التبيين أقول : يمكن التوفيق بأن ماذكره الإسبيجابى رواية شاذة عن الإمام فلذا لم تذكر فى كتب محمد والكرخى والطحاوى والله تعالى أعلم (قوله وكره الخ) لأن النص حرم الذهب والحرير على ذكور الأمة بلا قيد البلوغ ، والحرية والإثم على من ألبسهم لأنا أمرنا بحفظهم ذكره التمرتاشى . وفى البحر الزاخر : ويكره للإنسان أن يخضب يديه ورجليه ، وكذا الصبى إلا لحاجة بناية ، ولا بأس به للنساء اه مزيد اه ط :

فان ماحرم لبسه وشربه حرم إلباسه وإشرابه (لا) يكره (خرقة لوضوء) بالفتح بقية بلله (أو مخاط) أو عرق لو لحاجة ولو للتكبر تكره (و) لا (الرتيمة) هي خيط يربط بأصبع أو خاتم لتذكر الشيء والحاصل أن كل مافعل تجبرا كره وما فعل لحاجة لا، عناية ؛

[فرع] في المجتبى : التميمة المكروهة ماكان بغير العربية .

أقول : ظاهره أنه كما يكره للرجل فعل ذلك بالصبي يكره للمرأة أيضا وإن حل لها فعله لنفسها (قوله لايكره خرقة الخ) هذا هو ماصححه المتأخرون لتعامل المسلمين ، وذكر في غاية البيان عن أبي عيسى الترمذي أنه لم يصح في هذا الباب شيء أي من كراهة أو غيرها ؛ وقد رخص قوم من الصحابة ومن بعدهم التمندل بعد الوضوء ، وتمامه فيه . ثم هذا في خارج الصلاة لما في البزازية ، وتكره الصلاة مع الخرقة التي يمسح بها العرق ، ويؤخذ بها المخاط لالأنها نجسة ، بل لأن المصلي معظم والصلاة عليها لاتعظيم فيها (قوله بقية بلله) الوضوء بالضم الفعل وبالفتح ماؤه قاموس فما ذكره تفسير مراد وهو على تقدير مضافين ، بل ثلاثة أي لمسح بقية بلل وضوئه ؛ والظاهر أنه لاحاجة إلى لفظ بقية ومثله قوله تعالى — فقبضت قبضة من أثر الرسول — أي من أثر حافر فرس الرسول (قوله لو لحاجة) الأولى لأنه لحاجة تأمل (قوله ولو للتكبر تكره) والخرقة المقومة دليل الكبر بزازية وبه علم أنه لايصح أن يراد بالخرقة مايشمل الحرير وبه صرح بعضهم :

[تتمة] كره بعض الفقهاء وضع الستور والعمائم والثياب على قبور الصالحين والأولياء قال في فتاوى الحجة وتكره الستور على القبور اهـ . ولكن نحن نقول الآن إذا قصد به التعظيم في عيون العامة حتى لايحتقروا صاحب القبر ، ولجلب الخشوع والأدب للغافلين الزائرين ، فهو جائز لأن الأعمال بالنيات ، وإن كان بدعة فهو كقولهم بعد طواف الوداع يرجع القهقرى ، حتى يخرج من المسجد إجلالا للبيت حتى قال في منهاج السالكين إنه ليس فيه سنة مروية ، ولا أثر محكي وقد فعله أصحابنا اهـ كذا في كشف النور عن أصحاب القبور للأستاذ عبد الغني النابلسي قدس سره (قوله ولا الرتيمة) جمعها رتائم وتسمى رتمة بالفتحات الثلاث وجمعها رتم بالفتحات أيضا يقال : أرتمت الرجل إرتاما إذا عقدت في أصبعه خيطا يستذكر به حاجته إتقاني عن أبي عبيدة قال الشاعر :

إذا لم تكن حاجاتنا في نفوسكم فليس بمغن عنك عقـد الرتائم

قال في الهداية : وقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بعض أصحابه بذلك اهـ . وفي المنح إنما ذكر هذا لأن من عادة بعض الناس شد الخيوط على بعض الأعضاء ، وكذا السلاسل وغيرها ، وذلك مكروه لأنه محض عبث فقال إن الرتم ليس من هذا القبيل كذا في شرح الوقاية اهـ قال ط : علم منه كراهة الدملج الذي يضعه بعض الرجال في العضد (قوله التميمة المكروهة) أقول : الذي رأيته في المجتبى التميمة المكروهة ماكان بغير القرآن ، وقيل : هي الخرزة التي تعلقها الجاهلية اهـ فلتراجع نسخة أخرى ؛ وفي المغرب وبعضهم يتوهم أن المعاذات هي التمائم وليس كذلك إنما التميمة الخرزة ، ولا بأس بالمعاذات إذا كتب فيها القرآن ، أو أسماء الله تعالى ، ويقال رقاه الراقي رقيا ورقية إذا عوذه ونفث في عوذته قالوا : وإنما تكره العوذة إذا كانت بغير لسان العرب ، ولا يدرى ما هو ولعله يدخله سحر أو كفر أو غير ذلك ، وأما ماكان من القرآن أو شيء من الدعوات فلا بأس به اهـ قال الزيلعي : ثم الرتيمة قد تشتبه بالتميمة على بعض الناس : وهي خيط كان يربط في العنق أو في اليد في الجاهلية لدفع المضرة عن أنفسهم على زعمهم ، وهو منهي عنه وذكر في حدود الإيمان أنه كفر اهـ . وفي الشلبي عن ابن الأثير : التمائم جمع تميمة وهي خرزات كانت العرب تعلقها علي أولادهم يتقون بها العين في زعمهم ، فأبطلها الاسلام ،

فصل في النظر والمس

(وينظر الرجل من الرجل) ومن غلام بلغ حد الشهوة مجتبى

والحديث الآخر « من علق تميمة فلا أتم الله له » لأنهم يعتقدون أنها تمام الدواء والشفاء ، بل جعلوها شركاء لأنهم أردوا بها دفع المقادير المكتوبة عليهم وطلبوا دفع الأذى من غير الله تعالى الذى هو دافعه اهـ ط وفى المجتبى : اختلف فى الاستشفاء بالقرآن بأن يقرأ على المريض أو الملدوغ الفاتحة ، أو يكتب فى ورق ويعلق عليه أو فى طست ويغسل ويسقى . وعن النبى صلى الله عليه وسلم أنه كان يعوذ نفسه قال رضى الله عنه : وعلى الجواز عمل الناس اليوم ، وبه وردت الآثار ولا بأس بأن يشد الجنب والحائض التعاويذ على العضد إذا كانت ملفوفة اهـ قال ط : وانظر هل كتابة القرآن فى نحو التمائم حروفا مقطعة تجوز أم لا لأنه غير ما وردت به كتابة القرآن وحرره اهـ وفى الخانية : بساط أو مصلى كتب عليه فى النسج الملك لله يكره استعماله وبسطه ، والقعود عليه ، ولو قطع الحرف من الحرف أو خيط على بعض الحروف : حتى لم تبق الكلمة متصلة لا تزول الكراهة لأن للحروف المفردة حرمة وكذا لو كان عليها الملك أو الألف وحدها أو اللام اهـ وفيها : مرأة أرادت أن تضع تعويذا ليحبها زوجها ذكر فى الجامع الصغير : أن ذلك حرام لا يحل ، ويأتى بيان ذلك قبيل إحياء الموات ، وفيها يكره كتابة الرقاع فى أيام النيروز وإلزاقها بالأبواب ، لأن فيه إهانة اسم الله تعالى واسم نبيه عليه الصلاة والسلام ، وفيها لا بأس بوضع الجماجم فى الزرع والمبطخة لدفع ضرر العين ، لأن العين حق تصيب المال ، والآدمى والحيوان ويظهر أثره فى ذلك عرف بالآثار فإذا نظر الناظر إلى الزرع يقع نظره أولا على الجماجم ، لارتفاعها فنظره بعد ذلك إلى الحرث لا يضره روى « أن امرأة جاءت إلى النبى صلى الله تعالى عليه وسلم وقالت نحن من أهل الحرث وإنا نخاف عليه العين فأمر النبى صلى الله عليه وسلم أن يجعل فيه الجماجم » اهـ .

[تتمة] فى شرح البخارى للإمام العينى من باب : العين حق : روى أبو داود من حديث عائشة أنها قالت : كان يؤمر العائن فيتوضأ ثم يغتسل منه المعين قال عياض : قال بعض العلماء : ينبغى إذا عرف واحد بالإصابة بالعين أن يجتنب ويحترز منه ، وينبغى للإمام منعه من مداخلة الناس ، ويلزمه بيته وإن كان فقيرا رزقه ما يكفيه فضرره أكثر من ضرر آكل الثوم والبصل ، ومن ضرر المجذوم الذى منعه عمر رضى الله عنه وفى النسائى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « إذا رأى أحدكم من نفسه أو ماله أو أخيه شيئا يعجبه فليدع بالبركة فإن العين حق » والدعاء بالبركة أن يقول : تبارك الله أحسن الخالقين اللهم بارك فيه ويؤمر العائن بالاغتسال ويجبر إن أبى اهـ ملخصا وتمامه فيه والله سبحانه وتعالى أعلم .

فصل فى النظر والمس

(قوله والمس) زاده لتكلم المصنف عليه وعدم الذكر فى الترجمة لا يعد عيبا وإن كان الذكر أولى ليعلم محله فليراجع عند الحاجة ط (قوله وينظر الرجل من الرجل الخ) ذكر فى العناية وغيرها أن مسائل النظر أربع : نظر الرجل إلى المرأة ونظرها إليه ، ونظر الرجل إلى الرجل ، ونظر المرأة إلى المرأة والأولى على أربعة أقسام : نظره إلى الأجنبية الحرة ، ونظره إلى من تحل له من الزوجة والأمة ونظره إلى ذوات محارمه ونظره إلى أمة الغير فافهم اهـ (قوله بلغ حد الشهوة) أى بأن صار مراهقا فالمراد حد الشهوة الكائنة منه ط .

أقول : وقدم الشارح فى شروط الصلاة ما نصه وفى السراج لا عورة للصغير جدا ثم ما دام لم يشته فقبل

ولوأمرد صبيح الوجه وقد مر فى الصلاة والأولى تنكير الرجل لئلا يتوهم أن الأول عين الثانى ؛ وكذا الكلام فيما بعد قهستانى :

قلت : وقرينة المقام تكفى فتدبر ، ثم نقل عن الزاهدى أنه لو نظر لعورة غيره بإذنه لم يأثم :

قلت : وفيه نظر ظاهر بل لفظ الزاهدى نظر لعورة غيره وهى غير بادية لم يأثم انتهى فليحفظ (سوى ما بين

ودبر ثم تتغلظ إلى عشر سنين ثم كبالغ ، وفى الأشباه يدخل على النساء إلى خمس عشرة سنة اه فتأمل (قوله ولو أمرد صبيح الوجه) قال فى الهندية والغلام إذا بلغ مبلغ الرجال ولم يكن صبيحا فحكمه حكم الرجال وإن كان صبيحا فحكمه حكم النساء ، وهو عورة من قرنه إلى قدمه لا يحل النظر إليه عن شهوة ، وما الخلوة والنظر إليه لا عن شهوة فلا بأس به ولذا لم يؤمر بالنقاب كذا فى الملتقط ، ولم يذكر الشهوة الموجبة للتحريم ، هل هى ميل القلب أو الانتشار ويحرر ط :

أقول : ذكر الشارح فى فصل المحرمات من النكاح أن حد الشهوة فى المس والنظر الموجبة لحرمة المصاهرة تحرك آلته أو زيادته به يفتى وفى امرأة ونحو شيخ تحرك قلبه أو زيادته اه ونقله القهستانى عن أصحابنا ثم قال : وقال عامة العلماء : أن يميل بالقلب ويشتهى أن يعانقها وقيل أن يقصد مواقعتها ، ولا يبالى من الحرام كما فى النظم وفى حق النساء الاشتهاء بالقلب لا غير اه وقال القهستانى : فى هذا الفصل وشرط لحل النظر إليها وإليه الأمن بطريق اليقين من شهوة أى ميل النفس إلى القرب منها أو منه أو المس لها أو له مع النظر ، بحيث يدرك التفرقة بين الوجه الجميل والمتاع الجزيل ، فالميل إلى التقبيل فوق الشهوة المحرمة ولذا قال السلف: اللوطيون أصناف: صنف ينظرون ، وصنف يصافحون ، وصنف يعملون ، وفيه إشارة إلى أنه لو علم منه الشهوة أو ظن أو شك حرم النظر كما فى المحيط وغيره اه

أقول : حاصله أن مجرد النظر واستحسانه لذلك الوجه الجميل ، وتفضيله على الوجه القبيح كاستحسان المتاع الجزيل لا بأس به ، فإنه لا يخلو عنه الطبع الإنسانى ، بل يوجد فى الصغار ، فالصغير المميز يألف صاحب الصورة الحسنة أكثر من صاحب الصورة القبيحة ويرغب فيه ، ويحبه أكثر بل قد يوجد ذلك فى البهائم ، فقد أخبرنى من رأى جملا يميل إلى امرأة حسناء ويضع رأسه عليها ، كلما رآها دون غيرها من الناس ، فليس هذا نظر شهوة ، وإنما الشهوة ميله بعد هذا ميل لذة إلى القرب منه أو المس له زائدا على ميله إلى المتاع الجزيل ، أو الملتحى لأن ميله إليه مجرد استحسان ليس معه لذة وتحرك قلب إليه كما فى ميله إلى ابنه أو أخيه الصبيح ، وفوق ذلك الميل إلى التقبيل أو المعانقة أو المباشرة أو المضاجعة ، ولو بلا تحرك آلة وأما اشتراطه فى حرمة المصاهرة ، فلعله للاحتياط والله تعالى أعلم : ولا يخفى أن الأحوط عدم النظر مطلقا قال فى التاترخانية : وكان محمد بن الحسن صبيحا ، وكان أبو حنيفة يجلسه فى درسه خلف ظهره. أو خلف سارية مخافة خيانة العين مع كمال تقواه اه وراجع ما كتبناه فى شروط الصلاة (قوله لئلا يتوهم أن الأول عين الثانى) لأن الثانى معرفة كالأول وهذه القاعدة ليست كلية قال تعالى — وأنزلنا إليك الكتاب بالحق مصدقا لما بين يديه من الكتاب — ويمكن أن يقال : أن أل فى الأول والثانى جنسية والمعرف بها فى حكم النكرة ط (قوله وكذا الكلام فيما بعد) وهو قوله ونظر المرأة من المرأة (قوله قلت الخ) يشير إلى أن ما ذكروه من أن المعرفة أو النكرة إذا أعيدت معرفة ، فهى عين الأول ، أو نكرة فغيره إنما هو عند الإطلاق ، وخلو المقام عن القرائن كما صرح به فى التلويح (قوله وهى غير بادية) أى ظاهرة وفى الذخيرة وغيرها وإن كان على المرأة ثياب فلا بأس بأن يتأمل جسدها وهذا إذا لم تكن

سرته إلى ماتحت ركبته) فالركبة عورة لا السرة (ومن عرسه وأمته الحلال) له وطؤها فخرج المجوسية والمكاتبة والمشتركة ومنكوحة الغير والمحرمة برضاع أو مصاهرة فحكمها كالأجنبية مجتبى . ويشكل بالمفضاة فإنه لا يحل له وطؤها وينظر إليها قهستاني :

قلت : وقد يجاب بأنه أغلبي (إلى فرجها) بشهوة وغيرها والأولى تركه

ثيابها ملتزقة بها بحيث تصف ما تحتها ، ولم يكن رقيقا بحيث يصف ما تحته ، فإن كانت بخلاف ذلك فينبغي له أن يغض بصره اه . وفى التبيين قالوا : ولا بأس بالتأمل فى جسدها وعليها ثياب ما لم يكن ثوب يبين حجمها ، فلا ينظر إليه حينئذ لقوله عليه الصلاة والسلام « من تأمل خلف امرأة ورأى ثيابها حتى تبين له حجم عظامها لم يرح رائحة الجنة » ولأنه متى لم يصف ثيابها ماتحتها من جسدها يكون ناظرا إلى ثيابها وقامتها دون أعضائها فصار كما إذا نظر إلى خيمة هى فيها ومتى كان يصف يكون ناظرا إلى أعضائها اه :

أقول : مفاده أن رؤية الثوب بحيث يصف حجم العضو ممنوعة ولو كثيفا لاترى البشرة منه ، قال فى المغرب : يقال مسست الحبلى ، فوجدت حجم الصبى فى بطنها وأحجم الثدى على نحر الجارية إذا نهز ، وحقيقته صار له حجم أى لتو وارتفاع ومنه قوله حتى يتبين حجم عظامها اه وعلى هذا لا يحل النظر إلى عورة غيره فوق ثوب ملتزق بها يصف حجمها فيحمل ما مر على ما إذا لم يصف حجمها فليتأمل (قوله فالركبة عورة) لرواية الدارقطنى ما تحت السرة إلى الركبة عورة والركبة كما فى الهداية هى ملتقى عظمى الساق والفخذ ، وفى البرجندى : ما تحت السرة هو ما تحت الخط الذى يمر بالسرة ، ويدور على محيط بدنه بحيث يكون بعده عن موقعه فى جميع جوانبه على السواء اه وفى الهداية : السرة ليست بعورة خلافا لأبى عصمة والشافعى والركبة عورة خلافا للشافعى ، والفخذ عورة خلافا لأصحاب الظواهر ، وما دون السرة إلى منبت الشعر عورة خلافا لابن الفضل معتمدا فيه العادة لأنه لا معتبر بالعادة مع النص بخلافها وحكم العورة فى الركبة أخف منه فى الفخذ وفى الفخذ أخف منه فى السوأة حتى أن كاشف الركبة ينكر عليه برفق ، وكاشف الفخذ يعنف عليه وكاشف السوأة يؤدب عليه إن اج اه ملخصا (قوله ومن عرسه وأمته) فينظر الرجل منهما وبالعكس إلى جميع البدن من الفرق إلى القدم ولو عن شهوة ، لأن النظر دون الوطء الحلال قهستانى (قوله الحلال) جعله فى المنح قيدا للأمة كما فى الهداية ، والأولى جعله قيدا للعرس أيضا لما فى القهستانى لا ينظر إلى فرج المظاهر منها على ما قاله أبو حنيفة وأبو يوسف ، وينظر إلى الشعر والظهر والصدر منها كما فى قاضيخان اه وأما الحائض فإنه يحرم عليه قربان ما تحت الإزار قال الشارح فى باب الحيض : وأما حل النظر ومباشرتها له ففيه تردد (قوله له وطؤها) الجار والمجرور متعلق بالحلال ووطؤها فاعل أى التى يحل له وطؤها (قوله أو مصاهرة) بأن كانت موطوأته أو بنتها ط (قوله فحكمها كالأجنبية) أى كالأمة الأجنبية بدليل ما فى العناية ، حيث قال قيد بقوله من أمته التى تحل له ، لأن حكم أمته المجوسية ، والتى هى أخته من الرضاع حكم أمة الغير فى النظر إليها لأن إباحة النظر إلى جميع البدن مبنية على حل الوطء فينتفى بانتفائه اه (قوله ويشكل) أى تقييد الأمة التى يحل له وطؤها بما لو كانت مفضاة وهى التى اختلط مسلكاها (قوله فإنه لا يحل له وطؤها) إلا أن يعلم أنه يمكنه أن يأتيها فى القبل من غير الوقوع فى الدبر ، فإن شك فليس له أن يطأها كما فى الهندية (قوله والأولى تركه) قال فى الهداية : الأولى أن لا ينظر كل واحد منهما إلى عورة صاحبه لقوله عليه الصلاة والسلام « إذا أتى أحدكم أهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير » (١) ولأن ذلك يورث

---

(١) العير بالعين المهملة : هو الحمار .

لأنه يورث النسيان (ومن محرمه) هي من لايحل له نكاحها أبدا بنسب أو سبب ولو بزنا (إلى الرأس والوجه والصدر والساق والعضد إن أمن شهوته) وشهوتها أيضا ذكره فى الهداية فمن قصره على الأول فقد قصر ابن كمال (وإلا لا لا إلى الظهر والبطن) خلافا للشافعى (والفخذ) وأصله قوله تعالى - ولايبدين زينتهن إلا لبعولتهن - الآية وتلك المذكورات مواضع الزينة بخلاف الظهر ونحوه (وحكم أمة غيره) ولو مدبرة أو أم ولد (كذلك) فينظر إليها كمحرمه (وماحل نظره) مما مر من ذكر أو أنثى (حل لمسه) إذا أمن الشهوة على نفسه وعليها « لأنه عليه الصلاة والسلام كان يقبل رأس فاطمة » وقال عليه الصلاة والسلام : « من قبل رجل أمه فكأنما قبل عتبة الجنة » وإن لم يأمن ذلك أوشك ، فلا يحل له النظر والمس كشف الحقائق لابن سلطان والمجتبى (إلا من أجنبية) فلا يحل مس وجهها وكفها وإن أمن الشهوة ؛ لأنه أغلظ ولذا تثبت به حرمة المصاهرة وهذا فى الشابة ،

النسيان لو ورد الأثر ، وكان ابن عمر رضى الله تعالى عنهما يقول : الأولى أن ينظر ليكون أبلغ فى تحصيل معنى اللذة اهـ لكن فى شرحها للعينى أن هذا لم يثبت عن ابن عمر لا بسند صحيح ولا بسند ضعيف ، وعن أبى يوسف سألت أبا حنيفة عن الرجل يمس فرج امرأته ، وهى تمس فرجه ليتحرك عليها هل ترى بذلك بأسا قال : لا وأرجو أن يعظم الأجر ذخيرة (قوله لأنه يورث النسيان) ويضعف البصر اهـ ط .

[تنبيه] قدمنا أن الرجل ينظر من أمته الحلال ، وهى منه إلى جميع البدن قال منلامسكين : وأما حكم نظر السيدة إلى جميع بدن أمتها والأمة إلى سيدتها فغير معلوم اهـ وذكر محشيه أبو السعود أنه مستفاد من قول المصنف والمرأة للمرأة .

أقول : الظاهر أنه كذلك إذ لو كانت المرأة كالرجل فى ذلك لنصوا عليه ولأنهم أناطوا حل النظر إلى غير مواضع الزينة بحل الوطء كما مر وفى العناية والنهاية قبيل الاستبراء مالصه والنساء كلهن فى حل نظر بعضهن إلى بعضهن سواء (قوله أو سبب) كالرضاع والمصاهرة (قوله ولو بزنا) أى ولو كان عدم حل نكاحها له بسبب زناه بأصولها أو فروعها قال الزيلعى : وقيل : إنها كالأجنبية والأول أصح اعتبارا للحقيقة ، لأنها محرمة عليه على التأبيد (قوله فمن قصره على الأول) أى قصر التقييد على الأمن من جانب الرجل ، وهو تعريض بتاج الشريعة والمصنف أيضا (قوله لا إلى الظهر والبطن الخ) أى مع ما يتبعهما من نحو الجنبين والفرجين والأليتين والركبتين قهستانى (قوله وتلك المذكورات مواضع الزينة) أشار إلى أنه ليس المراد فى الآية نفس الزينة ، لأن النظر إليها مباح مطلقا ، بل المراد مواضعها فالرأس موضع التاج ، والوجه موضع الكحل ، والعنق والصدر موضع القلادة والأذن موضع القرط ، والعضد موضع الدملوج ، والساعد موضع السوار والكف موضع الخاتم والخضاب ، والساق موضع الخلخال ، والقدم موضع الخضاب زيلعى والشعر موضع العقص إتقانى والدملوج كعصفور والدملج مقصور منه مصباح وهو من حلى العضد والعقص سير يجمع به الشعر وقيل خيوط سود تصل بها المرأة شعرها مغرب (قوله ولو مدبرة أو أم ولد) وكذا المكاتبة ومعتقة البعض عنده قهستانى (قوله فينظر إليها كمحرمه) لأنها تخرج لحوائج مولاها وتخدم أضيافه وهى فى ثياب مهنتها ، فصار حالها خارج البيت فى حق الأجانب كحال المرأة داخله فى حق محارم الأقارب ، وكان عمر رضى الله عنه إذا رأى جارية متقنعة علاها بالدرة وقال : ألقى عنك الخمار يادفار أتتشبهين بالحرائر هداية ودفار بالدال المهملة كفعال مبنى على الكسر من الدفر وهو النتن (قوله أوشك) معناه استواء الأمرين تاترخانية (قوله إلا من أجنبية) أى غير الأمة وفى التاترخانية عن جامع الجوامع لابأس أن تمس الأمة الرجل وأن تدهنه وتغمزه مالم تشتهه إلا مابين السرة والركبة اهـ (قوله فلا يحل مس وجهها) أى وإن جاز النظر إليه على مايأتى (قوله ولذا تثبت به حرمة المصاهرة) تعليل لكونه أغلظ من

أما العجوز التى لاتشتهى فلا بأس بمصافحتها ومس يدها إذا أمن ، ومتى جاز المس جاز سفره بها ويخلو إذا أمن عليه وعليها وإلا لا وفى الأشباه : الخلوة بالأجنبية حرام إلا لملازمة مديونة هربت ودخلت خربة أو كانت عجوزا شوهاء أو بحائل ، والخلوة بالمحرم مباحة

النظر والمراد إذا كان عن شهوة ويشمل المحارم والإماء حتى لومس عمته أو أمته بشهوة حرمت عليه بنتها (قوله أما العجوز الخ) وفى رواية يشترط أن يكون الرجل أيضا غير مشتهى اه قهستانى عن الكرمانى ، قال فى الذخيرة : وإن كانت عجوزا لا تشتهى ، فلا بأس بمصافحتها أو مس يدها ، وكذلك إذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها فلا بأس أن يصافحها وإن كان لايأمن على نفسه أو عليها فليجتنب ، ثم إن محمدا أباح المس للرجل إذا كانت المرأة عجوزا ولم يشترط كون الرجل بحال لا يجامع مثله ، وفيما إذا كان الماس هى المرأة فإن كانا كبيرين لا يجامع مثله ، ولا يجامع مثلها فلا بأس بالمصافحة فليتأمل عند الفتوى اه (قوله جاز سفره بها) ولا يكون إلا فى المحارم وأمة الغير ولم يذكر محمد الخلوة والمسافرة بإماء الغير ، وقد اختلف المشايخ فى الحل وعدمه ، وهما قولان مصححان ط . أقول : لكن هذا فى زمانهم لما سيذكره الشارح عن ابن كمال أنه لا تسافر الأمة بلا محرم فى زماننا لغلبة أهل الفساد وبه يفتى فتأمل (قوله الخلوة بالأجنبية) أى الحرة لما علمت من الخلاف فى الأمة ، وقوله : حرام قال فى القنية مكروهة كراهة تحريم وعن أبى يوسف ليس بتحريم اه (قوله أو كانت عجوزا شوهاء) قال فى القنية : وأجمعوا أن العجوز لا تسافر بغير محرم ، فلاتخلو برجل شابا أو شيخا ، ولها أن تصافح الشيوخ فى الشفاء عن الكرمينى العجوز الشوهاء والشيخ الذى لا يجامع مثله بمنزلة المحارم اه ، والمتبادر أنهما بمنزلة المحارم بالنسبة إلى غيرهما من الأجانب ويحتمل أن يكون المراد أنه معها كالمحارم ويؤيد احتمال الوجهين ما قدمناه آنفا عن الذخيرة وعلى الثانى ففى إطلاق الشارح نظر فتدبر (قوله أو بحائل) قال فى القنية : سكن رجل فى بيت من دار وامرأة فى بيت آخر منها ولكل واحد غلق على حدة ، لكن باب الدار واحد لا يكره مالم يجمعهما بيت اه ورمز له ثلاثة رموز ، ثم رمز إلى كتاب آخر هى خلوة فلا تحل ثم رمز ولو طلقها بائنا ، وليس إلا بيت واحد يجعل بينهما سترة لأنه لولا السترة تقع الخلوة بينه وبين الأجنبية ، وليس معهما محرم فهذا يدل على صحة ماقالوه اه لأن البيتين من دار كالسترة بل أولى وما ذكره من الاكتفاء بالسترة مشروط بما إذا لم يكن الزوج فاسقا إذ لو كان فاسقا يحال بينهما بامرأة ثقة تقدر على الحيلولة بينهما كما ذكره فى فصل الإحداد ، وقد بحث صاحب البحر هناك بمثل ما قاله فى القنية فقال : يمكن أن يقال فى الأجنبية كذلك وإن لم تكن معتدته إلا أن يوجد نقل بخلافه ، وذكر فى الفتح أن كذلك حكم السترة إذا مات زوجها ؛ وكان من ورثته من ليس بمحرم لها :

أقول : وقول القنية وليس معهما محرم يفيد أنه لو كان فلا خلوة والذى تحصل من هذا أن الخلوة المحرمة تنتفى بالحائل ، وبوجود محرم أو امرأة ثقة قادرة وهل تنتفى أيضا بوجود رجل آخر أجنبى لم أره لكن فى إمامة البحر عن الإسبيجابى يكره أن يؤم النساء فى بيت وليس معهن رجل ولا محرم ، مثل زوجته وأمته وأخته فإن كانت واحدة منهن ، فلا يكره وكذا إذا أمهن فى المسجد لايكره اه وإطلاق المحرم على من ذكر تغليب بحر . والظاهر أن علة الكراهة الخلوة ، ومفاده أنها تنتفى بوجود رجل آخر ، لكنه يفيد أيضا أنها لاتنتفى بوجود امرأة اخرى فيخالف مامر من الاكتفاء بامرأة ثقة ثم رأيت فى منية المفتى مانصه : الخلوة بالأجنبية مكروهة وإن كانت معها أخرى كراهة تحريم اه ويظهر لى أن مرادهم بالمرأة الثقة أن تكون عجوزا لايجامع مثلها مع كونها

إلا الأخت رضاعا ، والصهرة الشابة وفى الشرنبلالية معزيا للجوهرة : ولا يكلم الأجنبية إلا عجوزا عطست أو سلمت فيشمتها لا يرد السلام عليها وإلا لا انتهى ، وبه بان أن لفظة لا فى نقل القهستانى ، ويكلمها بما لا يحتاج إليه زائدة فتنبه (وله مس ذلك) أى ما حل نظره (إذا أراد الشراء وإن خاف شهوته) للضرورة وقيل لا فى زماننا وبه جزم فى الاختيار (وأمة بلغت حد الشهوة لا تعرض) على البيع (فى إزار واحد) يستر ما بين السرة والركبة لأن ظهرها وبطنها عورة (و) ينظر (من الأجنبية) ولو كافرة مجتبى (إلى وجهها وكفيها فقط) للضرورة قيل والقدم والذراع إذا أجرت نفسها للخبز تاترخانية

قادرة على الدفع عنها وعن المطلقة فليتأمل (قوله إلا الأخت رضاعا) قال فى القنية : وفى استحسان القاضى الصدر الشهيد ، وينبغى للأخ من الرضاع أن لا يخلو بأخته من الرضاع ، لأن الغالب هناك الوقوع فى الجماع اهـ وأفاد العلامة البيرى أن ينبغى معناه الوجوب هنا (قوله والصهرة الشابة) قال فى القنية : ماتت عن زوج وأم فلهما أن يسكنا فى دار واحدة إذا لم يخافا الفتنة وإن كانت الصهرة شابة ، فللجيران أن يمنعوها منه إذا خافوا عليهما الفتنة اهـ وأصهار الرجل كل ذى رحم محرم من زوجته على اختيار محمد والمسألة مفروضة هنا فى أمها والعلة تفيد أن الحكم كذلك فى بنتها ونحوها كما لا يخفى (قوله وإلا لا) أى وإلا تكن عجوزا بل شابة لا يشمتها ، ولا يرد السلام بلسانه قال فى الخانية : وكذا الرجل مع المرأة إذا التقيا يسلم الرجل أولا ، وإذا سلمت المرأة الأجنبية على رجل إن كانت عجوزا رد الرجل عليها السلام بلسانه بصوت تسمع ، وإن كانت شابة رد عليها فى نفسه ، وكذا الرجل إذا سلم على امرأة أجنبية فالجواب فيه على العكس اهـ وفى الذخيرة : وإذا عطس فشمتته المرأة فإن عجوزا رد عليها وإلا رد فى نفسه اهـ وكذا لو عطست هى كما فى الخلاصة (قوله فى نقل القهستانى) أى عن بيع المبسوط (قوله زائدة) يبعده قوله فى القنية رامزا ويجوز الكلام المباح مع امرأة أجنبية اهـ وفى المجتبى رامزا ، وفى الحديث دليل على أنه لا بأس بأن يتكلم مع النساء بما لا يحتاج إليه ، وليس هذا من الخوض فيما لا يعنيه إنما ذلك فى كلام فيه إثم اهـ فالظاهر أنه قول آخر أو محمول على العجوز تأمل ، وتقدم فى شروط الصلاة أن صوت المرأة عورة على الراجح ومر الكلام فيه فراجعه (قوله للضرورة) وهى معرفة لين بشرتها وذلك غرض صحيح فحل اللمس إتقانى (قوله فى زماننا) لعل وجه التقييد به أنه لغلبة الشر فى زماننا ربما يؤدى المس إلى ما فوقه ، بخلافه فى زمن السلف قال فى الاختيار : وإنما حرم المس لإفضائه إلى الاستمتاع وهو الوطء (قوله وبه جزم فى الاختيار) وكذا فى الخانية والمبتغى وعزاه فى الهداية وغيرها لمشايخه در منتقى ، ونقل الإتقانى عن شرح الجامع الصغير لفخر الإسلام ، عن محمد أنه كره للشاب المس ، لأن بالنظر كفاية ، ولم ير أبو حنيفة بذلك بأسا لضرورة العلم ببشرتها (قوله وأمة بلغت حد الشهوة) بأن تصلح للجماع ، ولا اعتبار للسن من سبع أو تسع كما صححه الزيلعى وغيره فى باب الإمامة ثم إن ما مشى عليه المصنف تبعا للدرر هو رواية عن محمد ، وهو خلاف ما مشى عليه فى الكنز والملتقى ومختصر القدورى وغيرها قال فى الهداية : وإذا حاضت الأمة لم تعرض فى إزار واحد ، ومعناه بلغت وعن محمد إذا كانت تشتهى ، ويجامع مثلها فهى كالبالغة لا تعرض فى إزار واحد لوجود الاشتهاء اهـ تأمل (قوله وكفيها) تقدم فى شروط الصلاة أن ظهر الكف عورة على المذهب اهـ ولم أر من تعرض له هنا (قوله قيل والقدم) تقدم أيضا فى شروط الصلاة أن القدمين ليسا عورة على المعتمد اهـ وفيه اختلاف الرواية ، والتصحيح ، وصحح فى الاختيار أنه عورة خارج الصلاة لا فيها ورجح فى شرح المنية كونه عورة مطلقا بأحاديث كما فى البحر (قوله إذا أجرت نفسها للخبز) أى ونحوه من الطبخ وغسل الثياب قال الإتقانى ، وعن أبى يوسف أنه يباح النظر إلى

(وعبدها كالأجنبي معها) فينظر لوجهها وكفيها فقط : نعم يدخل عليها بلا إذنها إجماعا ، ولا يسافر بها إجماعا خلاصة وعند الشافعي ومالك ينظر كمحرمه (فإن خاف الشهوة) أوشك (امتنع نظره إلى وجهها) فحل النظر مقيد بعدم الشهوة وإلا فحرام وهذا في زمانهم ، وأما في زماننا فمنع من الشابة قهستاني وغيره (إلا) النظر لا المس (لحاجة) كقاض وشاهد يحكم (ويشهد عليها) لف ونشر مرتب لا لتتحمل الشهادة في الأصح (وكذا مريد نكاحها) ولو عن شهوة بنية السنة لا قضاء الشهوة (وشرائها ومداواتها ينظر) الطبيب (إلى موضع مرضها بقدر الضرورة) إذ الضرورات تتقدر بقدرها وكذا نظر قابلة وختان

ساعدها ومرفقها للحاجة إلى إبدائهما إذا أجرت نفسها للطبخ والخبز اه والمتبادر من هذه العبارة : أن جواز النظر ليس خاصا بوقت الاشتغال بهذه الأشياء بالإجارة بخلاف العبارة الأولى ، وعبارة الزيلعي أوفى بالمراد وهي وعن أبي يوسف أنه يباح النظر إلى ذراعها أيضا لأنه يبدو منها عادة اه فافهم (قوله وعبدها كالأجنبي معها) لأن خوف الفتنة منه كالأجنبي بل أكثر لكثرة الاجتماع والنصوص المحرمة مطلقة ، والمراد من قوله تعالى — أو ما ملكت أيمانهن — الإماء دون العبيد قاله الحسن وابن جبير اه اختيار وتمامه في المطولات (قوله خلاصة) عزو للمسألتين وذكرهما في الخانية أيضا (قوله فإن خاف الشهوة) قدمنا حدها أول الفصل (قوله مقيد بعدم الشهوة) قال في التاتارخانية ، وفي شرح الكرخي النظر إلى وجه الأجنبية الحرة ليس بحرام ، ولكنه يكره لغير حاجة اه وظاهره الكراهة ولو بلا شهوة (قوله وإلا فحرام) أي إن كان عن شهوة حرم (قوله وأما في زماننا فمنع من الشابة) لا لأنه عورة بل لخوف الفتنة كما قدمه في شروط الصلاة (قوله لا المس) تصريح بالمفهوم (قوله في الأصح) لأنه يوجد من لا يشتهي ، فلا ضرورة بخلاف حالة الأداء هداية والمفهوم منه أن الخلاف عند خوف الشهوة لا مطلقا فتنبه (قوله ولو عن شهوة) راجع للجميع وصرح به للتوضيح ، وإلا فكلام المصنف في النظر بشهوة بمقتضى الاستثناء (قوله بنية السنة) الأولى جعله قيدا للجميع أيضا على التجوز لئلا يلزم عليه إهمال القيد في الأولين لما قال الزيلعي وغيره : ويجب على الشاهد والقاضي أن يقصد الشهادة والحكم لا قضاء الشهوة تحرزا عن القبيح ، ولو أراد أن يتزوج امرأة فلا بأس أن ينظر إليها ، وإن خاف أن يشتهيها لقوله عليه الصلاة والسلام للمغيرة بن شعبة حين خطب امرأة «انظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما» رواه الترمذي والنسائي وغيرهما ولأن المقصود إقامة السنة لا قضاء الشهوة اه والأدوم والإيدام الإصلاح والتوفيق إتقاني :

[تنبيه] تقدم الخلاف في جواز المس بشهوة للشراء ، وظاهر قول الشارح لا المس أنه لا يجوز للنكاح ، وبه صرح الزيلعي حيث قال : ولا يجوز له أن يمس وجهها ولا كفيها وإن أمن الشهوة لوجود الحرمة وانعدام الضرورة والبلوى اه ومثله في غاية البيان عن شرح الأقطع معللا بأن المس أغلظ فمنع بلا حاجة ، وفي درر البحار وشرحه لا يحل المس للقاضي والشاهد والخاطب ، وإن أمنوا الشهوة لعدم الحاجة ، وعبارة الملتقى موهمة ولذا قال الشارح وأما المس مع الشهوة للنكاح ، فلم أر من أجازه بل جعلوه كالحاكم لا يمس ، وإن أمن فليحفظ وليحرر كلام المصنف اه بقي لو كان للمرأة ابن أمرد وبلغ للخاطب استواؤهما في الحسن ، فظاهر تخصيص النظر إليها أنه لا يحل للخاطب النظر إلى ابنها إذا خاف الشهوة ومثله بنتها ، وتقييد الاستثناء بما كان لحاجة أنه لو اكتفى بالنظر إليها بمرة حرم الزائد لأنه أبيح لضرورة فيتقيد بها ، وظاهر ما في غرر الأفكار جواز النظر إلى الكفين أيضا ، ويظهر من كلامهم أنه إذا لم يمكنه النظر يجوز إرسال نحو امرأة تصف له حلاها بالطريق الأولى ، ولو غير الوجه والكفين وهل يحل لها أن تنظر للخاطب مع خوف الشهوة لم أره والظاهر : نعم للاشتراك في العلة المذكورة في الحديث السابق ، بل هي أولى منه في ذلك لأنه يمكنه مفارقة من لا يرضاها بخلافها (قوله وختان) كذا جزم به في الهداية

وينبغي أن يعلم امرأة تداويها لأن نظر الجنس إلى الجنس أخف :

(وتنظر المرأة المسلمة من المرأة كالرجل من الرجل) وقيل كالرجل لمحرمه والأول أصح سراج (وكذا) تنظر المرأة (من الرجل) كنظر الرجل للرجل (إن أمنت شهوتها) فلو لم تأمن أوخافت أوشكت حرم استحسانا كالرجل هو الصحيح فى الفصلين تاترخانية معزيا للمضمرات (والذمية كالرجل الأجنبى فى الأصح فلا تنظر إلى بدن المسلمة) مجتبى (وكل عضو لا يجوز النظر إليه قبل الانفصال لايجوز بعده) ولو بعد الموت كشعر عانة وشعر رأسها وعظم ذراع حرة ميتة وساقها

والخانية وغيرهما وقيل : إن الاختتان ليس بضرورة ، لأنه يمكن أن يتزوج امرأة أو يشترى أمة تختنه إن لم يمكنه أن يختن نفسه كما سيأتى ؛ وذكر فى الهداية الخافضة أيضا لأن الختان سنة للرجال من جملة الفطرة لايمكن تركها وهى مكرمة فى حق النساء أيضا كما فى الكفاية ، وكذا يجوز أن ينظر إلى موضع الاحتقان لأنه مداواة ويجوز الاحتقان للمرض ، وكذا للهزال الفاحش على ماروى عن أبى يوسف لأنه أمارة المرض هداية ، لأن آخره يكون الدق والسل ، فلو احتقن لالضرورة بل لمنفعة ظاهرة بأن يتقوى على الجماع لايحل عندنا كما فى الذخيرة (قوله وينبغى الخ) كذا أطلقه فى الهداية والخانية ؛ وقال فى الجوهرة : إذا كان المرض فى سائر بدنها غير الفرج يجوز النظر إليه عند الدواء ، لأنه موضع ضرورة ، وإن كان فى موضع الفرج ، فينبغى أن يعلم امرأة تداويها فإن لم توجد وخافوا عليها أن تهلك أو يصيبها وجع لاتحتمله يستروا منها كل شىء إلا موضع العلة ثم يداويها الرجل ويغض بصره ما استطاع إلا عن موضع الجرح اه فتأمل والظاهر أن ينبغى هنا للوجوب (قوله سراج) ومثله فى الهداية (قوله وكذا تنظر المرأة الخ) وفى كتاب الخنثى من الأصل أن نظر المرأة من الرجل الأجنبى بمنزلة نظر الرجل إلى محارمه ، لأن النظر إلى خلاف الجنس أغلظ هداية والمتون على الأول فعليه المعول (قوله حرم استحسانا الخ) أقول : الذى فى التاترخانية عن المضمرات فأما إذا علمت أنه يقع فى قلبها شهوة أوشكت ومعنى الشك استواء الظنين فأحب إلى أن تغض بصرها هكذا ذكر محمد فى الأصل ، فقد ذكر الاستحباب فى نظر المرأة إلى الرجل الأجنبى وفى عكسه قال : فليجتنب وهو دليل الحرمة وهو الصحيح فى الفصلين جميعا اه ملخصا ومثله فى الذخيرة ونقله ط عن الهندية وفى نسخة التاترخانية التى عليها خط الشارح الاستحسان بالسين والنون بعد الحاء بدل الاستحباب بالباءين ، والظاهر أنها تحريف كما يدل عليه سياق الكلام فيوافق مافى الذخيرة والهندية ، فقول الشارح حرم استحسانا أوقعه فيه التحريف تأمل ، ثم على مقابل الصحيح وجه الفرق كما فى الهداية أن الشهوة عليهن غالبة ، وهو كالمحقق اعتبارا ، فإذا اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودة فى الجانبين ، ولا كذلك إذا اشتهت المرأة لأن الشهوة غير موجودة فى جانبه حقيقة واعتبارا فكانت من جانب واحد والمتحقق من الجانبين فى الافضاء إلى المحرم أقوى من المتحقق فى جانب واحد اه (قوله والذمية) محترز قوله المسلمة (قوله فلا تنظر الخ) قال فى غاية البيان : وقوله تعالى –أو نسائهن– أى الحرائر المسلمات ، لأنه ليس للمؤمنة أن تتجرد بين يدى مشركة أو كتابية اه ونقله فى العناية وغيرها عن ابن عباس ، فهو تفسير مأثور وفى شرح الأستاذ عبد الغنى النابلسى على هدية ابن العماد عن شرح والده الشيخ إسمعيل على الدرر والغرر : لايحل للمسلمة أن تنكشف بين يدى يهودية أو نصرانية أو مشركة إلا أن تكون أمة لها كما فى السراج ، ونصاب الاحتساب ولا ينبغى للمرأة الصالحة أن تنظر إليها المرأة الفاجرة لأنها تصفها عند الرجال ، فلا تضع جلبابها ولا خمارها كما فى السراج اه (قوله وشعر رأسها) الأولى تأخيره عما بعده ليكون نصا فى عود الضمير إلى الحرة (قوله وعظم ذراع حرة ميتة) احترز بالذراع عن

عظم الكف والوجه مما يحل النظر إليه فى الحياة ، وقيد بالحرة لأن ذراع الأمة يحل بالنظر إليه فى حياتها بخلاف نحو عظم ظهرها ؛

[تنبيهات : الأول] ذكر بعض الشافعية أنه لو أبين شعر الأمة ثم عتقت لم يحرم النظر إليه ، لأن العتق لا يتعدى إلى المنفصل اه ولم أره لأئمتنا وكذا لم أر مالو كان المنفصل من حرمة أجنبية ، ثم تزوجها ومقتضى ما ذكر من التعليل حرمة النظر إليه ، وقد يقال إذا حل له جميع ما اتصل بها فحل المنفصل بالأولى ، وإن كان منفصلا قبل زمن الحل والله تعالى أعلم ؛

الثانى : لم أر ما لو نظر إلى الأجنبية من المرآة أو الماء وقد صرحوا فى حرمة المصاهرة بأنها لا تثبت برؤية فرج من مرآة أو ماء ، لأن المرئى مثاله لا عينه ، بخلاف ما لو نظر من زجاج أو ماء هى فيه لأن البصر ينفذ فى الزجاج والماء ، فيرى ما فيه ومفاد هذا أنه لا يحرم نظر الأجنبية من المرآة أو الماء ، إلا أن يفرق بأن حرمة المصاهرة بالنظر ونحوه شدد فى شروطها ، لأن الأصل فيها الحل ، بخلاف النظر لأنه إنما منع منه خشية الفتنة والشهوة ، وذلك موجود هنا ورأيت فى فتاوى ابن حجر من الشافعية ذكر فيه خلافا بينهم ورجح الحرمة بنحو ما قلناه والله أعلم ؛

الثالث : ذكر بعض الشافعية أنه كما يحرم النظر لما لا يحل يحرم التفكر فيه لقوله تعالى - ولا تتمنوا ما فضل الله به بعضكم على بعض - فمنع من التمنى كما منع من النظر ، وذكر العلامة ابن حجر فى التحفة أنه ليس منه ما لو وطئ حليلته متفكرا فى محاسن أجنبية حتى خيل إليه أنه يطؤها ، ونقل عن جماعة منهم الجلال السيوطى والتقى السبكى أنه يحل لحديث « إن الله تجاوز لأمتى ما حدثت به أنفسها » ولا يلزم من تخيله ذلك عزمه على الزنا بها ، حتى يأثم إذا صمم على ذلك لو ظفر بها ، وإنما اللازم فرض موطوءته تلك الحسناء ، وقيل ينبغى كراهة ذلك ورد بأن الكراهة لابد لها من دليل ، وقال ابن الحاج المالكى : إنه يحرم لأنه نوع من الزنا كما قال علماؤنا فيمن أخذ كوزا يشرب منه ، فصور بين عينيه أنه خمر فشربه أن ذلك الماء يصير حراما عليه اه ورد بأنه فى غاية البعد ولا دليل عليه اه ملخصا ولم أر من تعرض للمسألة عندنا وإنما قال فى الدرر : إذا شرب الماء وغيره من المباحات بلهو وطرب على هيئة الفسقة حرم اه والأقرب لقواعد مذهبنا عدم الحل ، لأن تصور تلك الأجنبية بين يديه يطؤها فيه تصوير مباشرة المعصية على هيئتها ، فهو نظير مسألة الشرب ثم رأيت صاحب تبيين المحارم من علمائنا نقل عبارة ابن الحاج المالكى ، وأقرها وفى آخرها حديث عنه صلى الله عليه وسلم « إذا شرب العبد الماء على شبه المسكر كان ذلك عليه حراما » اه :

فإن قلت : لو تفكر الصائم فى أجنبية حتى أنزل لم يفطر فإنه يفيد إباحته ؟ قلت : لا نسلم ذلك فإنه لو نظر إلى فرج أجنبية حتى أنزل لا يفطر أيضا مع أنه حرام اتفاقا (قوله وقلامة ظفر رجلها) أى الحرة لا بقيد كونها ميتة وهذا بناء على كون القدمين عورة كما مر (قوله النظر إلى ملاءة الأجنبية بشهوة حرام) قدمنا عن الذخيرة وغيرها لو كان على المرأة ثياب لابأس بأن يتأمل جسدها ، ما لم تكن ملتزقة بها تصف ما تحتها لأنه يكون ناظراً إلى ثيابها وقامتها ، فهو كنظره إلى خيمة هى فيها ولو كانت تصف يكون ناظراً إلى أعضائها ، ويؤخذ مما هنا تقييده بما إذا كان بغير شهوة فلو بها منع مطلقا والعلة والله أعلم خوف الفتنة ، فإن نظره بشهوة إلى ملاءتها أو ثيابها وتأمله فى طول قوامها ونحوه قد يدعوه إلى الكلام معها ثم إلى غيره ، ويحتمل أن تكون العلة كون ذلك استمتاعا

حرام سواء كان شعرها أو شعر غيرها لقوله صلى الله عليه وسلم «لعن الله الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة والواشرة والمستوشرة والنامصة والمتنمصة» النامصة التي تنتف الشعر من الوجه والمتنمصة التي يفعل بها ذلك (والخصى والمجبوب والمخنث في النظر إلى الأجنبية كالفحل) وقيل لا بأس بمجبوب جف ماؤه لكن في الكبرى أن من جوّزه فمن قلة التجربة والديانة .

(وجاز عزله عن أمته بغير إذنها وعن عرسه به) أي بإذن حرة أو مولى أمة

بما لا يحل بلا ضرورة ، ولينظر هل يحرم النظر بشهوة إلى الصورة المنقوشة محل تردد ولم أره فليراجع (قوله سواء كان شعرها أو شعر غيرها) لما فيه من التزوير كما يظهر مما يأتي وفي شعر غيرها انتفاع بجزء الآدمي أيضا : لكن في التاترخانية ، وإذا وصلت المرأة شعر غيرها بشعرها فهو مكروه ، وإنما الرخصة في غير شعر بني آدم تتخذه المرأة لتزيد في قرونها ، وهو مروى عن أبي يوسف ، وفي الخانية ولا بأس للمرأة أن تجعل في قرونها وذوائبها شيئا من الوبر (قوله لعن الله الواصلة الخ) الواصلة : التي تصل الشعر بشعر الغير والتي يوصل شعرها بشعر آخر زوراً والمستوصلة : التي يوصل لها ذلك بطلبها والواشمة : التي تشم في الوجه والذراع ، وهو أن تغرز الجلد بإبرة ثم يحشى بكحل أو نيل فيزرق والمستوشمة : التي يفعل بها ذلك بطلبها والواشرة : التي تفلج أسنانها أي تحددها وترقق أطرافها تفعله العجوز تتشبه بالشواب والمستوشرة : التي يفعل بها بأمرها اهـ اختيار ، ومثله في نهاية ابن الأثير وزاد أنه روى عن عائشة رضي الله تعالى عنها أنها قالت : ليست الواصلة بالتي تعنون .

ولا بأس أن تعرى المرأة عن الشعر ، فتصل قرنا من قرونها بصوف أسود وإنما الواصلة التي تكون بغيا في شبيبتها فإذا أسنت وصلتها بالقيادة والواشرة كأنه من وشرت الخشبة بالميشار غير مهموز اهـ (قوله والنامصة الخ) ذكره في الاختيار أيضا وفي المغرب : النمص : نتف الشعر ومنه المنماص المنقاش اهـ ولعله محمول على ما إذا فعلته لتتزين للأجانب ، وإلا فلو كان في وجهها شعر ينفر زوجها عنها بسببه ، ففي تحريم إزالته بعد ، لأن الزينة للنساء مطلوبة للتحسين ، إلا أن يحمل على ما لا ضرورة إليه لما في نتفه بالمنماص من الإيذاء . وفي تبيين المحارم إزالة الشعر من الوجه حرام إلا إذا نبت للمرأة لحية أو شوارب فلا تحرم إزالته بل تستحب اهـ ، وفي التاترخانية عن المضمرات : ولا بأس بأخذ الحاجبين وشعر وجهه ما لم يشبه المخنث اهـ ومثله في المجتبى تأمل (قوله والخصى) فعيل من خصاه نزع خصيتيه والمجبوب من قطع ذكره وخصيتاه ، والمخنث المتزيي بزي النساء والمتشبه بهن في محلية الوطء ، وتليين الكلام عن اختيار قهستاني : أي الذي يمكن غيره من نفسه احترازاً عن المخنث الذي في أعضائه لين وتكسر بأصل الخلقة ولا يشتهي النساء فإنه رخص بعض مشايخنا في ترك مثله مع النساء استدلالا بقوله تعالى - أو التابعين غير أولي الإربة من الرجال - قيل هو المخنث الذي لا يشتهي النساء ، وقيل هو المجبوب الذي جف ماؤه وقيل المراد به الأبله الذي لا يدري ما يصنع بالنساء ، وإنما همه بطنه إذا كان شيخا كبيرا ماتت شهوته والأصح أن نقول إن قوله تعالى - أو التابعين - من المتشابهات وقوله تعالى - قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم - محكم فنأخذ به عناية (قوله كالفحل) لأن الخصى قد يجامع ، وقيل هو أشد جماعا لأنه لا ينزل دفقا بل قطرة فقطرة ، ويثبت نسب ولده منه والمجبوب يسحق وينزل والمخنث فحل فاسق قهستاني مزيداً (قوله وجاز عزله) هو أن يجامع ، فإذا جاء وقت الإنزال نزع فأنزل خارج الفرج (قوله أي بإذن حرة أو مولى أمة) ظاهر المتن أن الإذن للأمة المنكوحة لأن العرس يشملها لكن حاول الشارح لما في غاية البيان أن الإذن لمولاها في قولهم جميعا بلا خلاف في ظاهر الرواية كذا في الجامع الصغير ، وعنهما أنه لها اهـ ، ثم هذا

وقيل يجوز بدونه لفساد الزمان ذكره ابن سلطان .

باب الاستبراء وغيره

(من) ملك استمتاع (أمة) بنوع من أنواع الملك كشراء وإرث سبى ودفع جناية وفسخ بيع بعد القبض ونحوها وقيدت بالاستمتاع ليخرج شراء الزوجة كما سيجىء

فى البالغة ، أما الصغيرة فله العزل عنها بلا إذن كما مر فى نكاح الرقيق (قوله وقيل يجوز الخ) قال فى الهندية : ظاهر جواب الكتاب أنه لا يسعه ، وذكر هنا يسعه كذا فى الكبرى وله منع امرأته من العزل كذا فى الوجيز للكردرى اه ط .

وفى الذخيرة اقتصر على ما ذكره الشارح ، وهو الذى مشى عليه فى نكاح الرقيق تبعا للخانية وغيرها ، وقدمنا هناك عن النهر بحثا أن لها سد فم رحمها كما تفعله النساء مخالفا لما بحثه فى البحر من أنه يحرم بغير إذن الزوج ، لكن يخالف ما فى الكبرى إلا أن يحمل على عدم خوف الفساد تأمل . وفى الذخيرة : لو أرادت إلقاء الماء بعد وصوله إلى الرحم قالوا إن مضت مدة ينفخ فيه الروح لا يباح لها وقبله اختلف المشايخ فيه والنفخ مقدر بمائة وعشرين يوما بالحديث اه قال فى الخانية : ولا أقول به لضمان المحرم بيض الصيد لأنه أصل الصيد ، فلا أقل من أن يلحقها إثم وهذا لو بلا عذر اه ويأتى تمامه قبيل إحياء الموات والله تعالى أعلم .

باب الاستبراء وغيره

يقال استبرأ الجارية أى طلب براءة رحمها من الحمل وهو واجب لو أنكره كفر عند بعضهم للإجماع على وجوبه كما أنكره المعروفين من الصحابة وعامة العلماء أنه لا يكفر لثبوته بخبر الواحد كما فى النظم ، وسببه : حدوث الملك وعلته : إرادة الوطء وشرطه : حقيقة الشغل كما فى الحامل أو توهمه كما فى الحائل وحكمه : تعرف براءة الرحم وحكمته : صيانة المياه المحترمة ، لكنها لا تصلح موجبة للحكم لتأخرها عنه بخلاف السبب لسبقه فأدير الحكم عليه وإن علم عدم الوطء فى بعض الصور الآتية اه در منتقى والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام فى سبايا أوطاس « ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة » أخرجه أبو داود والحاكم وقال حسن صحيح وهو عام ، إذ لا تخلو السبايا من البكر ونحوها فلم يخص بالحكمة لعدم اطرادها والحبالى جمع حبلى والحيالى جمع حائل من لا حمل لها وقوله « حتى يستبرأن » بالهمز لا غير وتركها خطأ كما فى المغرب ، ثم الاستبراء منه ما هو مستحب كما سنذكره (قوله وغيره) من التقبيل والمعانقة والمصافحة (قوله من ملك استمتاع أمة) أى الانتفاع بها وطأ وغيره أى ملكا حادثا احترازا عن عود الآبقة ونحوه مما يأتى ، والمراد ملك اليمين فلو تزوج أمة وكان المولى يطؤها ، ففى الذخيرة ليس على الزوج أن يستبرئها عند الإمام ، وقال أبو يوسف : يستبرئها استحسانا كى لا يؤدى إلى اجتماع رجلين على امرأة فى طهر واحد ، ولأبى حنيفة أن عقد النكاح متى صح تضمن العلم ببراءة الرحم شرعا وهو المقصود من الاستبراء اه .

بقى الكلام فى مولاها قال فى الذخيرة : إذا أراد بيعها وكان يطؤها يستحب أن يستبرئها ثم يبيعها ، وإذا أراد أن يزوجها ، وكان يطؤها بعضهم قالوا يستحب أن يستبرئها والصحيح أنه هنا يجب وإليه مال السرخسى ، والفرق أنه فى البيع يجب على المشترى ، فيحصل المقصود فلا معنى لإيجابه على البائع ، وفى المنتقى عن أبى حنيفة أكره أن يبيع من كان يطؤها حتى يستبرئها اه (قوله ونحوها) كهبة ورجوع عنها وصدقة ووصية ، وبدل خلع

(ولو بكرا أو مشرية من عبد أو امرأة) ولو عبده كمكاتبه ومأذونه لو مستغرقا بالدين وإلا لا استبراء (أو) من (محرمها) غير رحمها كي لا تعتق عليه (أو من مال صبي) ولوطفله (حرم عليه وطؤها و) كذا (دواعيه) في الأصح لاحتمال وقوعها في غير ملكه بظهورها حبلى (حتى يستبرئها بحيضة فيمن تحيض وبشهر في ذات أشهر) وهي صغيرة وآيسة ومنقطعة حيض ولو حاضت فيه بطل الاستبراء بالأيام ولو ارتفع حيضها بأن صارت ممتدة الطهر وهي ممن تحيض استبرأها بشهرين وخمسة أيام عند محمد وبه يفتى والمستحاضة يدعها من أول الشهر عشرة أيام برجندي وغيره فليحفظ (وبوضع الحمل في الحامل ولا يعتد بحيضة ملكها فيها ولا التي) بعد الملك (قبل قبضها

أو صلح أو كتابة أو عتق أو إجارة (قوله ولو بكرا الخ) لما مر من إدارة الحكم على السبب ، وهو حدوث الملك لسبقه قال القهستاني ، "وعن أبي يوسف إذا تيقن بفراغ رحمها من ماء البائع لم يستبرئ" (قوله لو مستغرقا بالدين) أي استغرق الدين رقبته وما في يده وهذا عند أبي حنيفة لأن المولى حينئذ لا يملك مكاسبه ، وعندهما يملك إتفاقي والأول استحسان والثاني قياس خانية (قوله وإلا) أي وإن لم يكن مستغرقا أو لا دين عليه أصلا لا استبراء ، وهذا إذا حاضت عند العبد ، وأما لو باعها لمولاه قبل حيضها كان على المولى استبراؤها ، وإن لم يكن المأذون مديونا كما في الشرنبلالية عن الخانية وأشار إليه في متن الدرر (قوله أو من محرمها غير رحمها) أي محرم الأمة كما لو كانت أم البائع أو أخته أو بنته رضاعا أوزوجة أصله أوفرعه أو وطئ أمها أو بنتها (قوله كي لاتعتق عليه) أي على البائع المحرم لو كان رحما فهو تعليل لتقييده بقوله غير رحمها (قوله وكذا دواعيه) كالقبلة والمعانقة والنظر إلى فرجها بشهوة أو غيرها ، وعن محمد لا تحرم الدواعي في المسبية قهستاني (قوله في الأصح) قيد للدواعي ولذا فصله بكذا احترازاً عن قول بعضهم لا تحرم الدواعي لأن حرمة الوطء لئلا يختلط الماء ويشتبه النسب (قوله لاحتمال وقوعها الخ) أي الدواعي تعليل للأصح وبيانه أنه يحتمل أن تظهر حبلى فيدعي البائع الولد فيظهر وقوعها في غير ملكه ، لكن هذا لايظهر في المسبية كما قال ط (قوله حتى يستبرئها) فلو وطئها قبله أثم ولا استبراء بعد ذلك عليه كما في السراجية والمبتغى شرنبلالية (قوله ومنقطعة حيض) كذا في المنح والدرر واعترضه في الشرنبلالية بأنه إن أراد به الآيسة ، فهو عين ماقبله ، وإن أراد ممتدة الطهر ناقضه ما بعده من قوله ولو ارتفع حيضها الخ :

وفي الدر المنتقى : اعلم أن منقطعة الحيض هي التي بلغت بالسن ، ولم تحض قط ، وهذه حكمها كصغيرة اتفاقا وأما مرتفعة الحيض ، فهي من حاضت ولو مرة ثم ارتفع حيضها وامتد طهرها ، ولذا تسمى ممتدة الطهر وفيها الخلاف ، وقد خفي هذا على الشرنبلالي محشي الدرر فتبصر (قوله عند محمد) هذا مارجع إليه وكان أولا يقول بأربعة أشهر وعشر وظاهر الرواية أنها تترك إلى أن يتبين أنها ليست بحامل : واختلف المشايخ في مدة التبيين على أقوال أحوطها : سنتان وأرفقها هذا ، لأنها مدة صلحت لتعرف براءة الرحم للأمة في النكاح ففي ملك اليمين وهو دونه أولى (قوله وبه يفتى) نقله في الشرنبلالية عن الكافي (قوله والمستحاضة يدعها الخ) هذا إنما يظهر فيمن علمت عادتها أول الشهر وحينئذ لايتعين كون مدة الحيض عشرا ، ويظهر أيضا فيمن نزل عليها الدم أول البلوغ ثم استمر بها الدم فإن حيضها عشرة وطهرها عشرون ، ويظهر حمل كلامه عليها ولا يظهر في المحيرة فليحرر وعبارة القهستاني عن المحيط ، فلو اشترى مستحاضة لايعلم حيضها يدعها من أول الشهر عشرة أيام فقيد بعدم العلم ط وفي الذخيرة مثل ما في القهستاني (قوله في الحامل) ولو من زنا قهستاني (قوله قبل قبضها) أي من البائع أو وكيله ولو وضعت المشتراة في يد عدل ، حتى ينقد الثمن فحاضت عنده لم تحتسب منه كما في الخزانة

ولا بولادة حصلت كذلك) أى بعد ملكهاقبل قبضها (كما لايعتد بالحاصل من ذلك) أى من حيضة ونحوها بعدالبيع (قبل إجازة بيع فضولى وإن كانت فى يد المشترى ولا) يعتد أيضا (بالحاصل بعد القبض فى الشراء الفاسد قبل أن يشتريها) شراء (صحيحا) لانتفاء الملك (ويجب بشراء نصيب شريكه) من أمة مشتركة بينهما لتمام ملكه الآن(ويجتزى بحيضة حاضتها وهى مجوسية أومكاتبة بأن) اشترى أمة مجوسية أومسلمة و(كاتبها بعدالشراء)قبل الاستبراء فحاضت (ثم أسلمت المجوسية أوعجزت المكاتبة لوجودها بعد الملك) ولايجب عندعودالآبقة أى فى دارالإسلام خانية(ورد المغصوبة) أى إذا لم يصبها الغاصب خانية (والمستأجرة وفك المرهونة) لعدم استحداث الملك ولو أقال البيع قبل القبض لا استبراء على البائع كما لو باعها بخيار وقبضت ثم أبطله بخياره لعدم خروجها عن ملكه وكذا لو باع مدبرته أو أم ولده وقبضت إن لم يطأها المشترى وكذا لوطلقها الزوج قبل الدخول

قهستانى (قوله ولا بولادة الخ) فتستبرأ بعد النفاس خلافا لأبى يوسف قهستانى (قوله ونحوها) كمضى شهر وولادة ط (قوله قبل إجازة بيع فضولى) شمل ما لوكانت مشتركة فباعها أحدهما بلا إذن الآخر كما فى الولوالجية (قوله لانتفاء الملك) أى الكامل المستند إلى عقد صحيح ، وإلا فالشراء الفاسد يفيد الملك بالقبض كما علم فى محله اهـ ح ومثله فى السعدية ، ولذا يجب الاستبراء على البائع فى الرد بعد القبض بفساد أو عيب كما فى البزازية وقيد الرد فى الولوالجية بالقضاء (قوله ويجتزى بحيضة) أى ونحوها (قوله حاضتها) أى بعد القبض هداية (قوله أو مكاتبة) سيأتى قريبا فى الحيل أنه إذا كاتبها المشترى يسقط الاستبراء فما معنى الاجتزاء هنا ، ثم رأيت ط استشكله كذلك وسنذكر التوفيق بعون الله تعالى (قوله لوجودها) أى الحيضة بعد الملك وهو علة للاجتزاء أى لوجودها بعد وجود سبب الاستبراء ، وحرمة الوطء لا تمنع من الاجتزاء بها عن الاستبراء كمن اشترى جارية محرمة فحاضت فى حال إحرامها إتقانى (قوله أى فى دار الإسلام) أى ولم يحرزها أهل الحرب إلى دارهم فإن أحرزوها ملكوها فإذا عادت إلى صاحبها بوجه من الوجوه فعليه الاستبراء فى قولهم جميعا ، ولو أبقت فى دار الحرب، ثم عادت لا يجب فى قول الإمام لأنهم لم يملكوها ، وعندهما يجب لأنهم ملكوها أفاده الإتقانى وغيره (قوله أى إذا لم يصبها الغاصب) فى بعض النسخ : إذا لم يبعها ، وهى الصواب موافقا لما فى الشرنبلالية وفيها فإن باعها وسلم للمشترى ثم استردها المغصوب منه بقضاء أو رضا ، فإن كان المشترى علم بالغصب لا يجب الاستبراء على المالك وطئها المشترى من الغاصب ، أو لم يطأ ، وإن لم يعلم المشترى وقت الشراء أنها غصب إن لم يطأ لا يجب الاستبراء وإن وطئها فالقياس لا يجب وفى الاستحسان يجب كذا فى قاضيخان اهـ وبه علم أنه إذا وطئها الغاصب لا استبراء كما إذا وطئها المشترى منه العالم به لأنه زنا (قوله قبل القبض) أى قبض المشترى فلو بعده يلزم الاستبراء ولوتقايلا فى المجلس وعن أبى يوسف إذا تقايلا قبل الافتراق لا يجب ظهيرية (قوله كما لوباعها بخيار) أى خيار شرط للبائع كما أشار إليه بقوله ثم أبطله بخياره فإن كان للمشترى وفسخ قبل القبض فكذلك إجماعا ، وإن فسخ بعده فكذلك عنده ، وقالا على البائع الاستبراء ، لأن خيار المشترى لا يمنع وقوع الملك له عندهما وعنده يمنع ، وأما إن رد المشترى بخيار عيب أو رؤية وجب على البائع الاستبراء لعدم منع ذلك وقوع الملك للمشترى أفاده الإتقانى (قوله وقبضت) وكذا بدون القبض بالأولى (قوله وكذا الخ) أى لا استبراء على البائع بعد الاسترداد لعدم صحة البيع ولو بعد القبض (قوله إن لم يطأها المشترى) فإن وطئها يستبرئها زيلعى ونهاية .

قال ط : وفيه أن بيع المدبرة وأم الولد باطل لايملك المبيع فيه بالقبض فوطء المشترى حينئذ زنا لا استبراء

إن كان زوجها بعد الاستبراء وإن قبله فالمختار وجوبه زيلعى :

قلت : وفى الجلالية شرى معتدة الغير وقبضها ثم مضت عدتها لم يستبرئها لعدم حل وطئها للبائع وثبت وجود السبب :

(ولا بأس بحيلة إسقاط الاستبراء إذا علم أن البائع لم يقربها فى طهرها ذلك وإلا لا) يفعلها به يفتى (وهى إذا لم تكن تحته حرة) أو أربع إماء (أن ينكحها) ويقبضها (ثم يشتريها) فتحل له للحال لأنه بالنكاح لايجب

له فليحرر اهـ فينبغى أن يكون كوطء المشترى من الغاصب كما مر ، ولعل الفرق شبهة الخلاف ، فإن بيع المدبرة يجوز عند الشافعى وفى بيع أم الولد رواية عن أحمد فلما جاز البيع عند بعض الأئمة لم يكن وطء المشترى زنا فلذا وجب الاستبراء على البائع إذا استردها بخلاف مسألة الغصب هذا ماظهر لى (قوله إن كان زوجها بعد الاستبراء) أى بأن كان ملكها فاستبرأها ثم زوجها (قوله وإن قبله) وإن كان زوجها قبل الاستبراء بعد القبض فطلقها الزوج قبل الدخول ، فالمختار وجوب الاستبراء على المالك بقى ما لو حاضت بعد التزوج هل يجتزأ بها الظاهر ، نعم كما لو شراها فكاتبها فحاضت فعجزت كما مر فتدبر (قوله للبائع) صوابه للمشترى لوجوب الاستبراء فى المشتراة من محرمها أفاده أبو السعود . وفى الذخيرة : اشترى أمة وقبضها وعليها عدة طلاق أو وفاة يوما أو أكثر أو أقل ، فليس عليه استبراء بعد العدة ، لأنه لم يجب حالة القبض كما لو كانت مشغولة بالنكاح لأنه لايستفيد ملك الوطء اهـ فقوله : لايستفيد أى المشترى ، وظاهره أنه لا يجب استبراؤها ولو مضت عدتها بعد الشراء بلحظة ، ويشكل بالمجوسية فإنه لا يحل له وطؤها عند البيع أوالقبض مع أنه يجب استبراؤها إذا أسلمت قبل أن تحيض عند المشترى ، وقد يفرق بأنه بشراء المجوسية استفاد ملك الوطء ، لكنه حرم لمانع كالحائض والمحرمة بخلاف معتدة الغير ، لأنه لم يستفده أصلا كما هو المتبادر مما مر ، وكذا لو ولدت ثبت نسبه من زوجها لا من المشترى تأمل (قوله ولا بأس الخ) اعلم أن أبا يوسف قال : لا بأس بها مطلقا لأنه يمتنع من التزام حكمها خوفا من أن لايتمكن من الوفاء به لولزمه ، وكرهه محمد مطلقا لأنه فرار من الأحكام الشرعية ، وليس هذا من أخلاق المؤمنين والمأخوذ به قول أبى يوسف إن علم أن البائع لم يقربها وقول محمد إذا قربها لقوله عليه الصلاة والسلام « لا يحل لرجلين يؤمنان بالله واليوم الآخر أن يجتمعا على امرأة واحدة فى طهر واحد » فإذا لم يقربها البائع فى هذا الطهر لم يتحقق هذا النهى . قال أبو السعود : فإذا لم يعلم شيئا فالظاهر الإفتاء بقول محمد لتوهم الشغل ورأيت فى حاشية العلامة نوح أفندى ما يفيده اهـ (قوله فى طهرها ذلك) فلو وطئ فى الحيض لم تكره الحيلة قهستانى (قوله أو أربع إماء) أى بعقد النكاح فلو قال المصنف كابن الكمال إن لم يكن تحته من يمنع نكاحها لكان أولى (قوله أن ينكحها) بفتح الياء وكسر الكاف ، أو فتحها مضارع نكح المجرد : أى يتزوجها بخلاف ينكحها الآتى فإنه بضم الياء وكسر الكاف من المزيد (قوله ويقبضها) اشتراط القبض قبل الشراء قول الحلوانى وبه استدرك الزيلعى على صاحب الهداية وقال ابن الكمال : ذكر هذا القيد فى الخانية ، ولابد منه كى لايوجد القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح اهـ وما فى الهداية قول السرخسى ، وهو ظاهر الملتقى والمواهب والوقاية :

قال القهستانى : وبما ذكرنا أى من قوله لأنه بالنكاح ثبت له الفراش الدال شرعا على فراغ الرحم ولم يحدث بالبيع إلا ملك الرقبة ظهر أن المختار عند المصنف قول السرخسى الذى هو الإمام فلا عليه بترك قول الحلوانى

ثم إذا اشترى زوجته لايجب أيضا ونقل فى الدرر عن ظهير الدين اشتراط وطئه قبل الشراء وذكر وجهه (وإن تحته حرة) فالحيلة (أن ينكحها البائع) أى يزوجها ممن يثق به كما سيجىء (قبل الشراء أو) أن ينكحها (المشترى قبل قبضه لها فلو بعده لم يسقط (من موثوق به) ليس تحته حرة (أو يزوجها بشرط أن يكون أمرها بيدها) أو بيده يطلقها متى شاء إن خاف أن لايطلقها (ثم يشترى) الأمة (ويقبض أو يقبض فيطلق الزوج) قبل الدخول بعد قبض المشترى فيسقط الاستبراء وقيل المسألة التى أخذ أبو يوسف عليها مائة ألف درهم أن زبيدة حلفت الرشيد أن لايشترى عليها جارية ولا يستوهبها فقال يشترى نصفها ويوهب له نصفها ملتقط (أو يكاتبها) المشترى (بعد الشراء) والقبض

ملام اه (قوله ثم إذا اشترى زوجته لايجب أيضا) أى لايجب الاستبراء لما مر ، ويبطل النكاح ويسقط عنه جميع المهر إتقانى (قوله ونقل فى الدرر) حيث قال وفى الفتاوى الصغرى قال ظهير الدين : رأيت فى كتاب الاستبراء لبعض المشايخ أنه إنما يحل للمشترى وطؤها فى هذه الصورة لو تزوجها ووطئها ، ثم اشتراها لأنه حينئذ يملكها ، وهى فى عدته أما إذا اشتراها قبل أن يطأها فكما اشتراها بطل النكاح ، ولا نكاح حال ثبوت الملك فيجب الاستبراء لتحقق سببه ، وهو استحداث حل الوطء بملك اليمين وقال : هذا لم يذكر فى الكتاب وهذا دقيق حسن إلى هنا لفظ الفتاوى الصغرى اه كلام الدرر ، وفيه أن المناط استحداث الملك واليد ولم يوجد الثانى هنا تأمل اه ح أى لأنه لم يحدث بالبيع إلا ملك الرقبة وحل الوطء الثابت قبله دل على فراغ الرحم شرعا كما قدمناه عن القهستانى :

ولذا والله أعلم : قال فى الذخيرة بعد نقله كلام ظهير الدين لكن عندى فيه شبهة اه قال ط نقلا عن الحموى قال العلامة المقدسى : تلخص أن الأقوال ثلاثة : قول باشتراط تقدم القبض والدخول ، وقول باشتراط القبض فقط وقول : بالإطلاق والاكتفاء بالعقد وهذا أوسع والثانى أعدل بخلاف الأول فليتأمل اه (قوله ممن يثق به) أى يثق به أن يطلقها متى أراد (قوله كما سيجىء) أى بعد سطر وهو مستغنى به عما ذكره هنا (قوله فلو بعده لم يسقط) أى على المختار كما قدمه عن الزيلعى ، لأنها عند القبض بحكم الشراء كانت حلالا له فوجب الاستبراء لوجود سببه (قوله أو يزوجها) أى البائع قبل الشراء أو المشترى قبل قبضه اه ح (قوله ثم يشترى ويقبض) راجع لما إذا زوجها البائع ، وقوله : أو يقبض راجع لما إذا زوجها المشترى فهو معطوف على يشترى اه ح (قوله فيطلق الزوج الخ) ويلزمه لمولى الجارية نصف المهر وله أن يبرئه من ذلك إتقانى (قوله بعد قبض المشترى) أما لو طلقها قبله فعليه الاستبراء كما فى الأصل ، وفى كتاب الحيل لا استبراء عليه اعتبارا بوقت الشراء فإنها مشغولة بحق الغير وعلى رواية الأصل اعتبر وقت القبض وهو الصحيح ذخيرة (قوله فيسقط الاستبراء) لأن عند وجود السبب ، وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض إذا لم يكن فرجها حلالا له لايجب الاستبراء وإن حل بعد ذلك ، لأن المعتبر أوان وجود السبب كما إذا كانت معتدة الغير هداية ، واستشكله المقدسى بالمجوسية .

أقول : المراد بالحل استفادة ملك الوطء بالشراء وبه يندفع الإشكال كما قررناه سابقا تأمل (قوله وقيل الخ) هذا من رموز الشارح الخفية رحمه الله تعالى فإنه لا مدخل لهذه القصة فى حيل الاستبراء ، لكن أشار به إلى ماله مدخل وهو مقابل هذا القول :

وما حكاه ابن الشحنة بما حاصله : أن الرشيد أحضر أبا يوسف ليلا وعنده عيسى بن جعفر فقال : طلبت من هذا جاريته فأخبر أنه حلف أن لايبيعها ولا يهبها فقال أبو يوسف : بعه النصف وهبه النصف ففعل فأراد الرشيد سقوط الاستبراء فقال : أعتقها وأزوجكها ففعل ، وأمر له بمائة ألف درهم وعشرين دست ثياب (قوله يشترى نصفها الخ) فصدق أنه لم يشتر جارية أى كاملة ولم توهب له كذلك ، وهذا يفيد أن السين والتاء فى يستوهب

كما يفيده إطلاقهم وعليه فيطلب الفرق بين الكتابة والنكاح بعد القبض ، وقد نقله المصنف عن شيخه بحثا كما سنذكره لكن في الشرنبلالية عن المواهب التصريح بتقييد الكتابة بكونها قبل القبض فليحرر .

قلت : ثم وقفت على البرهان شرح مواهب الرحمن فلم أر القيد المذكور فتدبر (ثم ينفسخ برضاها فيجوز له الوطء بلا استبراء) لزوال ملكه بالكتابة ثم يجدده بالتعجيز لكن لم يحدث ملك حقيقة فلم يوجب سبب الاستبراء وهذه أسهل الحيل تاترخانية (له أمتان) لا يجتمعان نكاحا (أختان) أم لا (قبلهما) فلو قبل أو وطئ إحداهما

زائد تان ، وإلا لو كانتا للطالب ، وهب له أمة كاملة من غير طلب لم يحنث فليتأمل ، ويجب الاستبراء لاستحداث الملك واليد اهـ ط (قوله كما يفيده إطلاقهم) أقول إنما يستفاد ذلك من الإطلاق لو لم يعارضه ما هو أقوى منه وهو ما صرح به في الهداية من أنه يجتزأ بحيضة حاضتها بعد القبض ، وهي مجوسية أو مكاتبة بأن كاتبها بعد الشراء ثم أسلمت المجوسية وعجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب ، وهو استحداث الملك واليد اهـ فهو صريح في وجوب الاستبراء إذا كاتبها بعد القبض ، ووجهه ظاهر فيحمل ما هنا على ما قبل القبض موافقة لمقتضى القواعد وتوفيقا بين الكلامين (قوله والنكاح) الأولى الإنكاح اهـ ح (قوله كما سنذكره) في قوله لزوال ملكه بالكتابة الخ ، وعبارة المصنف عن شيخه ، ولعل وجهه أنه بالكتابة خرجت عن يد السيد حيث صارت حرة يد وصارت أحق بأكسابها فصار كأن الملك قد زال بالكتابة . ثم تجدد بالتعجيز ولكن لم يحدث فيه ملك الرقبة حقيقة ، فلم يوجد السبب الموجب للاستبراء ويرشحه قول النهاية إن الأمة إذا لم تخرج عن ملك المولى ولكنها خرجت من يده ثم عادت إليه لا يجب الاستبراء اهـ ملخصا .

أقول : لو صح هذا الفرق بطل كلام الهداية السابق الذي أقره الشراح ، وكيف وقد وجد السبب الموجب للاستبراء ، وهو استحداث الملك ، وباليد بعض القبض وبالكتابة زالت اليد فقط الموجبة لحل الوطء ، وبقي ملك الرقبة فهو مثل ما إذا زوجها بعد القبض ، وليس في كلام النهاية ما يفيد ذلك ، بل قد يدعى أنه دليل على خلاف مدعاه ، لأنه يدل على أن زوال اليد غير معتبر أصلا ولذا قال في النهاية بعد كلامه السابق ، ومن نظائر ذلك ما إذا كاتب أمته ، ثم عجزت أو باعها على أنه بالخيار ، ثم أبطل البيع لا يلزمه الاستبراء فقد فرض كلامه في أمة ثابتة في ملكه ويده إذا كاتبها أو باعها ، ثم ردت إلى يده لا يلزمه الاستبراء فانظر بعين الإنصاف هل يفيد محل النزاع ، وهو أنه إذا اشتراها وقبضها فكاتبها سقط عنه الاستبراء كيف ، ولو أفاد ذلك لأفاد أن البيع بالخيار كالكتابة ولم يقل به أحد فيما أعلم (قوله لكن في الشرنبلالية الخ) حيث قال وهي أن يكاتبها المشتري ثم يقبضها فيفسخ برضاها كذا في المواهب وغيرها ، وهي أسهل الحيل خصوصا إذا كانت على مال كثير أو منجم بقريب فتعجز نفسها اهـ (قوله قلت الخ) قد يقال إن الشرنبلالي قال كذا في المواهب وغيرها فعبارته مجموعة من عدة كتب فإن كان صاحب المواهب لم يصرح بالقيد يمكن أن غيره صرح به اهـ ط .

أقول : بل لو لم يصرح به أحد فالمعنى عليه كما علمت (قوله لزوال ملكه) أي تقديرا لأن الزائل حقيقة هو اليد (قوله لا يجتمعان نكاحا) أشار به إلى أن المراد ذلك فذكر الأختين تمثيل لا تقييد لكن صار في ارتفاع أختان بالألف ركاكة تأمل قال ط : وظاهره يشمل الأم وبنتها وعليه نص القهستاني مع أنه إذا قبلهما بشهوة وجبت حرمة المصاهرة فيحرمان عليه جميعا .

[فرع] لو تزوج أمة ولم يطأها فشرى أختها ليس له أن يستمتع بالمشتراة لأن الفراش ثبت بالنكاح فلو وطئها صار جامعا في الفراشية إتقاني (قوله قبلهما) لم يذكر المصنف الوطء لأن كتاب النكاح أغنانا عنه قهستاني

يحل له وطؤها وتقبيلها دون الأخرى (بشهوة) الشهوة فى القبلة لاتعتبر بل فى المس والنظر ابن كمال (حرمتا عليه وكذلك) يحرم عليه (الدواعى كالنظر والتقبيل حتى يحرم فرج إحداهما) عليه ولو بغير فعله كاستيلاء كفار عليها ابن كمال (بملك) ولو لبعضها بأى سبب كان (أو نكاح) صحيح لافاسد إلا بالدخول(أو عتق) ولو لبعضها أو كتابة لأنها تحرم فرجها ، بخلاف تدبير ورهن وإجارة ؟

قلت : والمستحب أن لايمسها حتى تمضى حيضة على المحرمة كما بسطته فى شرح الملتقى ؟

(وكره) تحريما قهستانى (تقبيل الرجل) فم الرجل أو يده أو شيئا منه وكذا تقبيل المرأة المرأة عند لقاء أو وداع قنية وهذا لو عن شهوة ، وأما على وجه البر فجائز عند الكل خالية ، وفى الاختيار عن بعضهم لابأس به إذا قصد البر وأمن الشهوة كتقبيل وجه فقيه ونحوه (و) كذا (معا نقته فى إزار واحد) وقال أبو يوسف لابأس

(قوله يحل له وطؤها الخ) لأنه يصير جامعا بوطء الأخرى لابوطء الموطوأة هداية (قوله الشهوة فى القبلة لاتعتبر) مخالف لما فى الكنز والهداية وقال فى النهاية قيد بقوله : بشهوة لأن تقبيلهما إذا لم تكن عن شهوة صار كأنه لم يقبلهما أصلا اه ومثله فى العناية لكن فى فصل المحرمات من فتح القدير إذا أقر بالتقبيل ، وأنكر الشهوة اختلف فيه قيل لا يصدق ولا يقبل إلا أن يظهر خلافه وقيل يقبل وقيل بالتفصيل بين كونه على الرأس والجبهة فيصدق أو على الفم فلا والأرجح هذا اه واستظهر إلحاق الخدين بالفم ؟

قلت : فقد حصل التوفيق والله الموفق (قوله حتى يحرم) بفتح حرف المضارعة من المجرد لا من التحريم وفرج بالرفع فاعل ليشمل ما بغير فعله (قوله بملك) أراد به ملك اليمين وقوله بأى سبب كان تعميم له قال الاتقانى كالشراء والوصية والميراث والخلع والكتابة والهبة والصدقة تأمل (قوله إلا بالدخول) لأنه تجب العدة عليها والعدة كالنكاح الصحيح فى التحريم هداية ؟

[تنبيه] لو ارتفع المحرم فالظاهر عود الحرمة ثم رأيت فى النهاية عن المبسوط لوزوج إحداهما له وطء الباقية فإن طلقها الزوج وانقضت عدتها لم يطأواحدة منهما حتى يزوج إحداهما أو يبيع ، لأن حق الزوج سقط عنها بالطلاق ولم يبق أثره بعد انقضاء العدة فعاد الحكم الذى كان قبل التزويج اه (قوله كما بسطته فى شرح الملتقى) نصه لكن المستحب أن لا يمسها حتى تمضى حيضة على المحرمة بالإخراج عن الملك ؟

قلت : وهذا أحد أنواع الاستبراء المستحب ومنها : إذا رأى امرأته أو أمته تزنى ، ولم تحبل فلو حبلت لم يطأ حتى تضع الحمل ، ومنها : إذا زنى بأخت امرأته أو بعمتها أو بخالتها أو بنت أخيها أو أختها بلا شبهة فإن الأفضل أن لايطأ امرأته حتى تستبرأ المزنية فلو زنى بها بشبهة وجب عليه العدة فلا يطأ امرأته ، حتى تنقضى عدة المزنية ، ومنها : إذا رأى امرأة تزنى ثم تزوجها فإن الأفضل أن يستبرىء ، وهذا عندهما وأما عند محمد فلا يطأ إلا بعد الاستبراء وكذا الجواب فيمن تزوج أمة الغير أو مدبرته أو أم ولده قبل العتق وكذا لمولاها كما فى القهستانى عن النظم فليلحظ اه (قوله وأما على وجه البر فجائز عند الكل) قال الإمام العينى بعد كلام فعلم إباحة تقبيل اليد والرجل والرأس والكشح كما علم من الأحاديث المتقدمة إباحتها على الجبهة ، وبين العينين وعلى الشفتين على وجه المبرة والإكرام اه ويأتى قريبا تمام الكلام على التقبيل والقيام (قوله وكذا معانقته) قال فى الهداية ويكره أن يقبل الرجل فم الرجل أويده أو شيئا منه أو يعانقه وذكر الطحاوى أن هذا قول أبى حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف لا بأس بالتقبيل والمعانقة لما روى « أنه عليه الصلاة والسلام عانق جعفرا حين قدم من الحبشة وقبله بين عينيه » ولهما ما روي « أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المكامعة ؟ » وهي المعانقة « وعن المكاعمة » وهي التقبيل ،

بالتقبيل والمعانقة فى إزار واحد (ولو كان عليه قميص أو جبة جاز) بلا كراهة بالإجماع وصححه فى الهداية وعليه المتون وفى الحقائق لو القبلة على وجه المبرة دون الشهوة جاز بالإجماع (كالمصافحة) أى كما تجوز المصافحة لأنها سنة قديمة متواترة لقوله عليه الصلاة والسلام «من صافح أخاه المسلم وحرك يده تناثرت ذنوبه » وإطلاق المصنف تبعا للدرر والكنز والوقاية والنقاية والمجمع والملتقى وغيرها يفيد جوازها مطلقا ولو بعد العصر وقولهم إنه بدعة أى مباحة حسنة كما أفاده النووى فى أذكاره وغـيره فى غيره وعليه يحمل مانقله عنه شارح المجمع من أنها بعد الفجر والعصر ليس بشىء توفيقا فتأمله . وفى القنية : السنة فى المصافحة بكلتا يديه وتمامه فيما علقته على الملتقى .

وما رواه محمول على ما قبل التحريم ، قالوا الخلاف فى المعانقة فى إزار واحد أما إذا كان عليه قميص أو جبة لا بأس به بالإجماع وهو الصحيح اه وفى العناية : ووفق الشيخ أبو منصور بين الأحاديث فقال : المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة ، وعبر عنه المصنف بقوله : فى إزار واحد فإنه سبب يفضى إليها فأما على وجه البر والكرامة إذا كان عليه قميص واحد فلا بأس به اه وبه ظهر أن قوله لو عن شهوة فى قول المصنف فى إزار واحد أى ساتر لما بين السرة والركبة مع كشف الباقى ، وأن ماقبله عن أبى يوسف موافق لما فى الهدية فافهم (قوله ولو كان عليه) أى على كل واحد منهما كما فى شرح المجمع (قوله وفى الحقائق الخ) يغنى عنه ما قدمناه قريبا عن الخانية ط (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام الخ) كذا فى الهداية وفى شرحها للعينى قال النبى صلى الله عليه وسلم « إن المؤمن إذا لقى المؤمن فسلم عليه وأخذ بيده فصافحه تناثرت خطاياهما كما يتناثر ورق الشجر » رواه الطبرانى والبيهقى (قوله كما أفاده النووى فى أذكاره) حيث قال اعلم أن المصافحة مستحبة عند كل لقاء ، وأما ما اعتاده الناس من المصافحة بعد صلاة الصبح والعصر ، فلا أصل له فى الشرع على هذا الوجه ولكن لا بأس به فإن أصل المصافحة سنة وكونهم حافظوا عليها فى بعض الأحوال ، وفرطوا فى كثير من الأحوال أو أكثرها لا يخرج ذلك البعض عن كونه من المصافحة التى ورد الشرع بأصلها اه قال الشيخ أبو الحسن البكرى : وتقييده بما بعد الصبح والعصر على عادة كانت فى زمنه ، وإلا فعقب الصلوات كلها كذلك كذا فى رسالة الشرنبلالى فى المصافحة ، ونقل مثله عن الشمس الحانوتى ، وأنه أفتى به مستدلا بعموم النصوص الواردة فى مشروعيتها وهو الموافق لما ذكره الشارح من إطلاق المتون ، لكن قد يقال إن المواظبة عليها بعد الصلوات خاصة قد يؤدى الجهلة إلى اعتقاد سنيتها فى خصوص هذه المواضع وأن لها خصوصية زائدة على غيرها مع أن ظاهر كلامهم أنه لم يفعلها أحد من السلف فى هـذه المواضع ، وكذا قالوا بسنية قراءة السور الثلاثة فى الوتر مع الترك أحيانا لئلا يعتقد وجوبها ونقل فى تبيين المحارم عن الملتقط أنه تكره المصافحة بعد أداء الصلاة بكل حال ، لأن الصحابة رضى الله تعالى عنهم ما صافحوا بعد أداء الصلاة ، ولأنها من سنن الروافض اه ثم نقل عن ابن حجر عن الشافعية أنها بدعة مكروهة لا أصل لها فى الشرع ، وأنه ينبه فاعلها أولا ويعذر ثانيا ثم قال : وقال ابن الحاج من المالكية فى المدخل إنها من البدع ، وموضع المصافحة فى الشرع ، إنما هو عند لقاء المسلم لأخيه لا فى أدبار الصلوات فحيث وضعها الشرع يضعها فينهى عن ذلك ويزجر فاعله لما أتى به من خلاف السنة اه ثم أطال فى ذلك فراجعه (قوله وغيره فى غيره) الضمير الأول للنووى والثانى لكتاب الأذكار (قوله وعليه يحمل ما نقله عنه) أى عن النووى فى شرحه على صحيح مسلم كما صرح به ابن ملك فى شرح المجمع فافهم .

أقول : وهذا الحمل بعيدا جدا والظاهر أنه مبنى على اختلاف رأى الإمام النووى فى كتابيه ، وأنه فى شرح مسلم نظر إلى ما يلزم عليه من المحظور ، وإلى أن ذلك بخصوصه غير مأثور ولا سيما بعد ما قدمناه عن الملتقط من أنها من سنن الروافض والله أعلم (قوله وتمامه الخ) ونصه وهى إلصاق صفحة الكف بالكف وإقبال الوجه

(ولا يجوز للرجل مضاجعة الرجل وإن كان كل واحد منهما فى جانب من الفراش) قال عليه الصلاة والسلام « لا يفضى الرجل إلى الرجل فى ثوب واحد ولا تفضى المرأة إلى المرأة فى الثوب الواحد » وإذا بلغ الصبى أو الصبية عشر سنين يجب التفريق بينهما بين أخيه وأخته وأمه وأبيه فى المضجع لقوله عليه الصلاة والسلام « وفرقوا بينهم فى المضاجع وهم أبناء عشر » وفى النتف إذا بلغوا ستا كذا فى المجتبى ، وفيه الغلام إذا بلغ حد الشهوة كالفحل والكافرة كالمسلمة عن أبى حنيفة لصاحب الحمام أن ينظر إلى العورة وحجته الختان وقيل فى ختان الكبير إذا أمكنه أن يختن نفسه فعل ، وإلا لم يفعل إلا أن لا يمكنه النكاح أو شراء الجارية

بالوجه فأخذ الأصابع ليس بمصافحة خلافا للروافض ، والسنة أن تكون بكلتا يديه ، وبغير حائل من ثوب أو غيره وعند اللقاء بعد السلام وأن يأخذ الإبهام ، فإن فيه عرقا ينبت المحبة كذا جاء فى الحديث ذكره القهستانى وغيره اه (قوله مضاجعة الرجل) أى فى ثوب واحد لا حاجز بينهما ، وهو المفهوم من الحديث الآتى ، وبه فسر الاتقانى المكامعة على خلاف ما مر عن الهداية ، وهل المراد أن يلتفا فى ثوب واحد أو يكون أحدهما فى ثوب دون الآخر والظاهر الأول ، يؤيده ما نقله عن مجمع البحار أى متجردين ، وإن كان بينهما حائل ، فيكره تنزيها اه تأمل (قوله بين أخيه وأخته وأمه وأبيه) فى بعض النسخ وبين بالواو وهكذا رأيته فى المجتبى قال فى الشرعة ويفرق بين الصبيان فى المضاجع إذا بلغوا عشر سنين ، ويحول بين ذكور الصبيان والنسوان وبين الصبيان والرجال فإن ذلك داعية إلى الفتنة ولو بعد حين اه وفى البزازية إذا بلغ الصبى عشرا لا ينام مع أمه وأخته وامرأة إلا بامرأته أو جاريته اه فالمراد التفريق بينهما عند النوم خوفا من الوقوع فى المحذور ، فإن الولد إذا بلغ عشرا عقل الجماع ، ولا ديانة له ترده فربما وقع على أخته أو أمه ، فإن النوم وقت راحة مهيج للشهوة وترتفع فيه الثياب عن العورة من الفريقين ، فيؤدى إلى المحظور وإلى المضاجعة المحرمة خصوصا فى أبناء هذا الزمان فإنهم يعرفون الفسق أكثر من الكبار ، وأما قوله وأمه وأبيه فالظاهر أن المراد تفريقه عن أمه وأبيه بأن لا يتركاه ينام معهما فى فراشهما ؛ لأنه ربما يطلع على ما يقع بينهما بخلاف ما إذا كان نائما وحده أو مع أبيه وحده أو البنت مع أمها وحدها ، وكذا لا يترك الصبى ينام مع رجل أو امرأة أجنبيين خوفا من الفتنة ، ولا سيما إذا كان صبيحا فإنه وإن لم يحصل فى تلك النومة شىء فيتعلق به قلب الرجل أو المرأة فتحصل الفتنة بعد حين فلله در هذا الشرع الطاهر فقد حسم مادة الفساد ومن لم يحط فى الأمور يقع فى المحذور وفى المثل لا تسلم الجره فى كل مره (قوله كذا فى المجتبى) الإشارة إلى ما فى المتن وما بعده إلى هنا (قوله كالفحل) أى كالبالغ كما فى التاترخانية أى فى النظر إلى العورة والمضاجعة (قوله والكافرة كالمسلمة) يحتمل أن يكون المراد أن نظر الكافرة إلى المسلمة كنظر المسلمة إلى المسلمة ، وهو خلاف الأصح الذى قدمه المصنف بقوله والذمية كالرجل الأجنبى فى الأصح الخ ، ويحتمل أن يكون المراد أن الرجل ينظر من الكافرة ، كما ينظر إلى المسلمة ومقابله ما فى التاترخانية روى أنه لا بأس بالنظر إلى شعر الكافرة (قوله عن أبى حنيفة الخ) هذا غير المعتمد لما فى شرح الوهبانية ، وينبغى أن يتولى طلى عورته بيده ، دون الخادم هو الصحيح لأن ما لا يجوز النظر إليه لا يجوز مسه إلا فوق الثياب وعن ابن مقاتل لا بأس أن يطلى عورة غيره بالنورة كالختان ويغض بصره اه :

قلت : وفى التاترخانية قال الفقيه أبو الليث هذا فى حالة الضرورة لا غير (قوله وقيل الخ) مقابل لقوله وحجته الختان فإنه مطلق يشمل ختان الكبير والصغير ، وكذا أطلقه فى النهاية كما قدمناه وأقره الشراح ، والظاهر ترجيحه ولذا عبر هنا عن التفصيل بقيل (قوله إلا أن لا يمكنه النكاح) كذا رأيته فى المجتبى والصواب إسقاط

والظاهر فى الكبير أنه يختن ويكفى قطع الأكثر :

(ولا بأس بتقبيل يد) الرجل (العالم) والمتورع على سبيل التبرك درر ونقل المصنف عن الجامع أنه لا بأس بتقبيل يد الحاكم والمتدين (السلطان العادل) وقيل سنة مجتبى (وتقبيل رأسه) أى العالم (أجود) كما فى البزازية (ولا رخصة فيه) أى فى تقبيل اليد (لغيرهما) أى لغير عالم وعادل هو المختار مجتبى وفى المحيط إن لتعظيم إسلامه وإكرامه جاز وإن لنيل الدنيا كره :

(طلب من عالم أو زاهد أن) يدفع إليه قدمه و (يمكنه من قدمه ليقبله أجابه وقيل لا) يرخص فيه كما يكره تقبيل المرأة فم أخرى أو خدها عند اللقاء أو الوداع كما فى القنية مقدما للقيل قال (و) كذا ما يفعله الجهال من (تقبيل يد نفسه إذا لقى غيره) فهو (مكروه) فلا رخصة فيه وأما تقبيل يد صاحبه عند اللقاء فمكروه بالإجماع (وكذا) ما يفعلونه من (تقبيل الأرض بين يدى العلماء) والعظماء فحرام والفاعل والراضى به آثمان لأنه يشبه عبادة الوثن وهل يكفران على وجه العبادة والتعظيم كفر وإن على وجه التحية لا وصار آثما مرتكبا للكبيرة ،

لا بعد أن كما وجدته فى بعض النسخ موافقا لما فى التاترخانية وغيرها ، والمراد أن لايمكنه أن يتزوج امرأة تختنه أو يشترى أمة كذلك (قوله والظاهر فى الكبير أنه يختن) الظاهر أن يختن مبنى للمجهول أى يختنه غيره فيوافق إطلاق الهداية تأمل (قوله ويكفى قطع الأكثر) قال فى التاترخانية غلام ختن فلم تقطع الجلدة كلها فإن قطع أكثر من النصف يكون ختانا وإلا فلا (قوله ونقل المصنف الخ) لاحاجة إليه لأنه داخل فى قول المصنف بعد والسلطان إذ هو من له سلطنة وولاية ط (قوله وقيل سنة) أى تقبيل يد العالم والسلطان العادل قال الشرنبلالى وعلمت أن مفاد الأحاديث سنيته أو ندبه كما أشار إليه العينى (قوله أى العالم) ظاهره أن الأجود فى السلطان اليد حفظا لأبهة الإمارة وليحرر ط (قوله أجود) لعل معناه أكثر ثوابا ط (قوله هو المختار) قدم على الخالية والحقائق أن التقبيل على سبيل البر بلا شهوة جائز بالإجماع (قوله يدفع إليه قدمه) يغنى عنه ما فى المتن (قوله أجابه) لما أخرجه الحاكم : أن رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : يارسول الله أرنى شيئا أزداد به يقينا فقال « اذهب إلى تلك الشجرة فادعها فذهب إليها فقال إن رسول الله صلى الله عليه وسلم يدعوك فجاءت حتى سلمت على النبى صلى الله عليه وسلم فقال لها : ارجعى فرجعت قال : ثم أذن له فقبل رأسه ورجليه وقال لوكنت آمرا أحدا أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها » : وقال صحيح الإسناد اه من رسالة الشرنبلالى (قوله كما يكره الخ) الأولى حذفه فإنه نقله سابقا عن القنية ط وهذا لو عن شهوة كما مر (قوله مقدما للقيل) أى الواقع فى عبارة المصنف فإنه رمز له إلى كتاب ثم رمز بعده للأول (قوله قال)الظاهر أن الضمير لصاحب القنية ولم أره فيها نعم ذكر الثانية والثالثة فى المجتبى (قوله فهو مكروه) أى تحريما ويدل عليه قوله بعد فلا رخصة فيه ط (قوله فمكروه بالإجماع) أى إذا لم يكن صاحبه عالما ولا عادلا ، ولا قصد تعظيم إسلامه ولا إكرامه ، وسيأتى أن قبلة يد المؤمن تحية توفيقا بين كلامهم ، ولا يقال حالة اللقاء مستثناة لأنا نقول حيث ندب فيها الشارع صلى الله تعالى عليه وسلم إلى المصافحة علم أنها تزيد عن غيرها فى التعظيم ، فكيف لا تساويها سائحانى (قوله إن على وجه العبادة أو التعظيم كفر الخ) تلفيق لقولين قال الزيلعى : وذكر الصدر الشهيد أنه لا يكفر بهذا السجود ، لأنه يريد به التحية وقال شمس الأئمة السرجسى : إن كان لغير الله تعالى على وجه التعظيم كفر اه قال القهستانى: وفى الظهيرية يكفر بالسجدة مطلقا وفى الزاهدى الإيماء فى السلام إلى قريب الركوع كالسجود وفى المحيط أنه يكره الانحناء للسلطان وغيره اه وظاهر كلامهم إطلاق السجود على هذا التقبيل :

[تتمة] اختلفوا فى سجود الملائكة قيل : كان لله تعالى والتوجه إلى آدم للتشريف ، كاستقبال الكعبة ،

وفى الملتقط التواضع لغير الله حرام . وفى الوهبانية : يجوز بل يندب القيام تعظيما للقادم كما يجوز القيام ، ولو للقارىء بين يدى العالم وسيجىء نظما :

[فائدة] قيل التقبيل على خمسة أوجه : قبلة المودة للولد على الخد ، وقبلة الرحمة لوالديه على الرأس ، وقبلة الشفقة لأخيه على الجبهة وقبلة الشهوة لمرأته وأمته على الفم وقبلة التحية للمؤمنين على اليد وزاد بعضهم ، قبلة الديانة للحجر الأسود جوهرة :

قلت : وتقدم فى الحج تقبيل عتبة الكعبة ، وفى القنية فى باب ما يتعلق بالمقابر تقبيل المصحف قيل بدعة لكن روى عن عمر رضى الله عنه أنه كان يأخذ المصحف كل غداة ويقبله ويقول : عهد ربى ومنشور ربى عز وجل وكان عثمان رضى الله عنه يقبل المصحف ويمسحه على وجهه ، وأما تقبيل الخبز فحرر الشافعية أنه بدعة مباحة وقيل حسنة وقالوا يكره دوسه لا بوسه ذكره ابن قاسم فى حاشيته على شرح المنهاج لابن حجر فى بحث الوليمة وقواعدنا لا تأباه وجاء لا تقطعوا الخبز بالسكين وأكرموه فإن الله أكرمه :

وقيل : بل لآدم على وجه التحية والإكرام ثم نسخ بقوله عليه الصلاة والسلام « لو أمرت أحدا أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها » تاترخانية قال فى تبيين المحارم ، والصحيح الثانى ولم يكن عبادة له بل تحية وإكراما ، ولذا امتنع عنه إبليس وكان جائزا فيما مضى كما فى قصة يوسف قال أبو منصور الماتريدى : وفيه دليل على نسخ الكتاب بالسنة (قوله التواضع لغير الله حرام) أى إذلال النفس لنيل الدنيا ، وإلا فخفض الجناح لمن دونه مأمور به سيد الأنام عليه الصلاة والسلام يدل عليه ما رواه البيهقى عن ابن مسعود رضى الله عنه « من خضع لغنى ووضع له نفسه إعظاما له وطمعا فيما قبله ذهب ثلثا مروءته وشطر دينه » (قوله يجوز بل يندب القيام تعظيما للقادم الخ) أى إن كان ممن يستحق التعظيم قال فى القنية : قيام الجالس فى المسجد لمن دخل عليه تعظيما ، وقيام قارىء القرآن لمن يجىء تعظيما لا يكره إذا كان ممن يستحق التعظيم ، وفى مشكل الآثار القيام لغيره ليس بمكروه لعينه إنما المكروه محبة القيام لمن يقام له ، فإن قام لمن لا يقام له لا يكره :

قال ابن وهبان أقول : وفى عصرنا ينبغى أن يستحب ذلك أى القيام لما يورث تركه من الحقد والبغضاء والعداوة لاسيما إذا كان فى مكان اعتيد فيه القيام ، وما ورد من التوعد عليه فى حق من يحب القيام بين يديه كما يفعله الترك والأعاجم اه :

قلت : يؤيده ما فى العناية وغيرها عن الشيخ الحكيم أبى القاسم كان إذا دخل عليه غنى يقوم له ويعظمه ، ولا يقوم للفقراء وطلبة العلم فقيل له فى ذلك ، فقال الغنى يتوقع منى التعظيم ، فلو تركته لتضرر والفقراء والطلبة إنما يطمعون فى جواب السلام والكلام معهم فى العلم ، وتمام ذلك فى رسالة الشرنبلالى (قوله تقبيل عتبة الكعبة) هى من قبلة الديانة ط وفى الدر المنتقى : واختلف فى تقبيل الركن اليمانى فقيل سنة وقيل بدعة (قوله ومنشور ربى) قال فى القاموس : المنشور : الرجل المنتشر الأمر وما كان غير مختوم من كتب السلطان والمراد كتاب ربى ففيه تجريد عن بعض المعنى ط (قوله وقواعدنا لا تأباه) قال فى الدر المنتقى : وحينئذ فيزاد على الستة سنة أيضا بدعة مباحة أو حسنة ، وسنة لعالم وعادل مكروه لغيرهما على المختار وحرام للأرض تحية وكفر لها تعظيما كما مر اه تأمل (قوله وجاء الخ) قال شيخ مشايخنا الشيخ إسماعيل الجراحى فى الأحاديث المشتهرة « لا تقطعوا الخبز واللحم بالسكين كما تقطع الأعاجم ولكن انهشوه نهشا » قال الصغانى موضوع اه وفى المجتبى لا يكره قطع الخبز واللحم بالسكين اه والله تعالى أعلم :

فصل فى البيع

(كره بيع العذرة) رجيع الآدمى (خالصة لا) يكره بل يصح بيع (السرقين) أى الزبل خلافا للشافعى (وصح) بيعها (مخلوطة بتراب أو رماد غلب عليها) فى الصحيح (كما صح الانتفاع بمخلوطها) أى العذرة بل بها خالصة على ماصححه الزيلعى وغيره خلافا لتصحيح الهداية فقد اختلف التصحيح وفى الملتقى أن الانتفاع كالبيع أى فى الحكم فافهم .

(وجاز أخذ دين على كافر من ثمن خمر) لصحة بيعه (بخلاف) دين على (المسلم) لبطلانه إلا إذا وكل ذميا ببيعه فيجوز عنده خلافا لهما وعلى هذا لومات مسلم وترك ثمن خمر باعه مسلم لا يحل لورثته كما بسطه الزيلعى وفى الأشباه الحرمة تنتقل

فصل فى البيع

(قوله كره بيع العذرة) بفتح العين وكسر الذال قهستانى والكراهة لا تقتضى البطلان لكن يأخذ من مقابلته بقوله وصح مخلوطه أن بيع الخالصة باطل، وبه صرح القهستانى ، وفى الهداية إشارة إليه ونقله فى الدر المنتقى عن البرجندى عن الخزانة ، وقال وكذا بيع كل ما انفصل عن الآدمى كشعر وظفر لأنه جزء الآدمى ، ولذى وجب دفنه كما فى التمرتاشى وغيره (قوله بل يصح بيع السرقين) بالكسر معرب سركين بالفتح ويقال سرجين بالجيم (قوله أى الزبل) وفى الشرنبلالية هو رجيع ما سوى الإنسان (قوله غالب عليها) كذا قيده فى موضع من المحيط والكافى والظهيرية ، وأطلقه فى الهداية والاختيار والمحيط فأما أن يحمل المطلق على المقيد أو يحمل على الروايتين ، أو على الرخصة والاستحسان، لكن فى زيادات العتابى أن المطلق يجرى على إطلاقه إلا إذا قام دليل التقييد نصا أو دلالة فاحفظه فإنه للفقيه ضرورى قهستانى (قوله فى الصحيح) قيد لقوله وصح بيعها مخلوطة ، وعبارة متن الإصلاح ، وصح فى الصحيح مخلوطة وعبارة شرحه قال فى الهداية : وهو المروى عن محمد وهو الصحيح اه فافهم (قوله وفى الملتقى الخ) الظاهر أنه أشار بنقله إلى أن تصحيح الانتفاع بالخالصة تصحيح لجواز بيعها أيضا وقوله فافهم تنبيه على ذلك (قوله من ثمن خمر) بأن باع الكافر خمرا وأخذ ثمنها وقضى به الدين (قوله لصحة بيعه) أى بيع الكافر الخمر ، لأنها مال متقوم فى حقه فملك الثمن فيحل الأخذ منه بخلاف المسلم لعدم تقومها فى حقه فبقى الثمن على ملك المشترى (قوله باعه مسلم) عدل عن قول الزيلعى باعه هو ليشمل ما إذا كان البائع هو المسلم الميت أو مسلم غيره بالوكالة عنه (قوله كما بسطه الزيلعى) حيث قال لأنه كالمغصوب وقال فى النهاية : قال بعض مشايخنا : كسب المغنية كالمغصوب لم يحل أخذه ، وعلى هذا قالوا لومات الرجل وكسبه من بيع الباذق أو الظلم أو أخذ الرشوة يتورع الورثة ، ولا يأخذون منه شيئا وهو أولى بهم ويردونها على أربابها إن عرفوهم ، وإلا تصدقوا بها لأن سبيل الكسب الخبيث التصدق إذا تعذر الرد على صاحبه اه لكن فى الهندية عن المنتقى عن محمد فى كسب النائحة ، وصاحب طبل أو مزمار ، لو أخذ بلا شرط ، ودفعه المالك برضاه فهو حلال ومثله فى المواهب وفى التاترخانية وما جمع السائل من المال فهو خبيث (قوله وفى الأشباه الخ) قال الشيخ عبد الوهاب الشعرانى فى كتاب المنن : وما نقل عن بعض الحنفية من أن الحرام لايتعدى إلى ذمتين سألت عنه الشهاب ابن الشلبى فقال : هو محمول على ما إذا لم يعلم بذلك ، أما من رأى المكاس يأخذ من أحد شيئا من المكس ، ثم يعطيه آخر ثم يأخذه من ذلك الآخر فهو حرام اه .

مع العلم إلا للوارث إلا إذا علم ربه :

قلت : ومر فى البيع الفاسد لكن فى المجتبى مات وكسبه حرام فالميراث حلال ثم رمز وقال لا نأخذ بهذه الرواية وهو حرام مطلقا على الورثة فتنبه (و) جاز (تحلية المصحف) لما فيه من تعظيمه كما فى نقش المسجد (وتعشيره ونقطه) أى إظهار إعرابه وبه يحصل الرفق جدا خصوصا للعجم فيستحسن وعلى هذا لا بأس بكتابة أسامى السور وعد الآى وعلامات الوقف ونحوها فهى بدعة حسنة درر وقنية وفيها لا بأس بكواغد أخبار ونحوها فى مصحف وتفسير وفقه وتكره فى كتب نجوم وأدب ويكره تصغير مصحف وكتابته بقلم دقيق يعنى تنزيها ولا يجوز لف شيء فى كاغد فقه ونحوه وفى كتب الطب يجوز

وفى الذخيرة : سئل أبو جعفر عمن اكتسب ماله من أمر السلطان والغرامات المحرمة ، وغير ذلك هل يحل لمن عرف ذلك أن يأكل من طعامه ؟ قال : أحب إلى فى دينه أن لا يأكل ويسعه حكما إن لم يكن غصبا أو رشوة اه وفى الخانية : امرأة زوجها فى أرض الجور إذا أكلت من طعامه ، ولم يكن عينه غصبا أو اشترى طعاما أو كسوة من مال أصله ليس بطيب فهى فى سعة من ذلك والإثم على الزوج اه حموى (قوله مع العلم) أما بدونه ففى التاترخانية اشترى جارية أو ثوبا ، وهو لغير البائع فوطىء أو لبس ، ثم علم روى عن محمد أن الجماع واللبس حرام إلا أنه وضع عنه الإثم ، وقال أبو يوسف ، الوطء حلال مأجور عليه ، وعلى الخلاف لو تزوج ووطئها فبان أنها منكوحة الغير (قوله إلا إذا علم ربه) أى رب المال فيجب على الوارث رده على صاحبه (قوله وهو حرام مطلقا على الورثة) أى سواء علموا أربابه أولا فإن علموا أربابه ردوه عليهم ، وإلا تصدقوا به كما قدمناه آنفا عن الزيلعى :

أقول : ولا يشكل ذلك بما قدمناه آنفا عن الذخيرة والخانية لأن الطعام أو الكسوة ليس عين المال الحرام فإنه إذا اشترى به شيئا يحل أكله على تفصيل تقدم فى كتاب الغصب بخلاف ما تركه ميراثا فإنه عين المال الحرام وإن ملكه بالقبض والخلط عند الإمام فإنه لا يحل له التصرف فيه قبل أداء ضمانه ، وكذا لوارثه ثم الظاهر أن حرمته على الورثة فى الديانة لا الحكم فلا يجوز لوصى القاصر التصدق به ويضمنه القاصر إذا بلغ تأمل (قوله فتنبه) أشار به إلى ضعف ما فى الأشباه ط (قوله وجاز تحلية المصحف) أى بالذهب والفضة خلافا لأبى يوسف كما قدمناه (قوله كما فى نقش المسجد) أى ما خلا محرابه أى بالجص وماء الذهب لا من مال الوقف وضمن متوليه لو فعل إلا إذا فعل الواقف مثله كما مر قبيل الوتر والنوافل وكره بعضهم نقش حائط القبلة ، ويجوز حفر بئر فى مسجد لولا ضرر فيه أصلا وفيه نفع من كل وجه ولا يضمن فيه الحافر لما حفر وعليه الفتوى كما أفاده ط عن الهندية (قوله وتعشيره) هو جعل العواشر فى المصحف وهو كتابة العلامة عند منتهى عشر آيات عناية (قوله أى إظهار إعرابه) تفسير للنقط قال فى القاموس : نقط الحرف أعجمه ومعلوم أن الإعجام لا يظهر به الإعراب إنما يظهر بالشكل فكأنهم أرادوا ما يعمه أفاده ط (قوله وبه يحصل الرفق الخ) أشار إلى أن ما روى عن ابن مسعود جودوا القرآن كان فى زمنهم وكم من شيء يختلف باختلاف الزمان والمكان كما بسطه الزيلعى وغيره (قوله وعلى هذا) أى على اعتبار حصول الرفق (قوله ونحوها) كالسجدة ورموز التجويد (قوله لا بأس بكواغد أخبار) أى بجعلها غلافا لمصحف ونحوه والظاهر أن المراد بالأخبار التواريخ دون الأحاديث (قوله ويكره تصغير مصحف) أى تصغير حجمه وينبغى أن يكتبه بأحسن خط وأبينه على أحسن ورق وأبيضه بأفخم قلم وأبرق مداد ويفرج السطور ويفخم الحروف ويضخم المصحف اه قنية (قوله ونحوه) الذى فى المنح ونحوه فى الهندية ، ولا يجوز

(و) جاز (دخول الذمى مسجدا) مطلقا وكرهه مالك مطلقا وكرهه محمد والشافعى وأحمد فى المسجد الحرام ؛
قلنا : النهى تكوينى لاتكليفى وقد جوزوا عبور عابر السبيل جنبا وحينئذ فمعنى لايقربوا لايحجوا ولا يعتمروا عراة بعد حج عامهم هـــذا عام تسع حين أمر الصديق ونادى على بهذه السورة قال : ألا لايحج بعد عامنا هذا مشرك ولا يطوف عريان رواه الشيخان وغيرهما فليحفظ قلت : ولا تنس مامر فى فصل الجزية

لف شىء فى كاغد فيه مكتوب من الفقه ، وفى الكلام الأولى أن لا يفعل وفى كتاب الطب يجوز ، ولو كان فيه اسم الله تعالى أو اسم النبى عليه الصلاة والسلام يجوز محوه ليلف فيه شىء ومحو بعض الكتابة بالريق ، وقد ورد النهى عن محو اسم الله تعالى بالبصاق ، ولم يبين محو كتابة القرآن بالريق هل هو كاسم الله تعالى أو كغيره ط (قوله وجاز دخول الذمى مسجدا) ولو جنبا كما فى الأشباه ، وفى الهندية عن القتمة يكره للمسلم الدخول فى البيعة والكنيسة ، وإنما يكره من حيث إنه مجمع الشياطين لا من حيث إنه ليس له حق الدخول اهـ وانظر هل المستأمن ورسول أهل الحرب مثله ومقتضى استدلالهم على الجواز بإنزال رسول الله صلى الله عليه وسلم وفد ثقيف فى المسجد جوازه ويحرر ط (قوله مطلقا) أى المسجد الحرام وغيره (قوله قلنا) أى فى الجواب عما استدل به المانعون ، وهو قوله تعالى ــ فلايقربوا المسجد الحرام ــ وما ذكره مأخوذ من الحواشى السعدية (قوله تكوينى) نسبة إلى التكوين الذى هو صفة قديمة ترجع إليها صفات الأفعال عند الماتريدية ، فمعنى لايقربوا : لا يخلق الله فيهم القربان ، ومثال الأمر التكوينى : ائتيا طوعا أو كرها : ومثال الأمر التكليفى ويقال التدوينى أيضا : أقيموا الصلاة : والفرق أن الامتثال لا يتخلف عن الأول عقلا بخلاف الثانى اهـ ح وحاصله أنه خبر منفى فى صورة النهى تأمل (قوله لا تكليفى) بناء على أن الكفار ليسوا مخاطبين بالفروع (قوله وقد جوزوا الخ) هذا إنما يحسن لو ذكر دليل الشافعى الذى من جملته ، ولأن الكافر لا يخلو عن الجنابة فوجب تنزيه المسجد عنه وحاصل كلامه : أن هذا الدليل لا يتم لأنه قد جوز الخ ط (قوله فمعنى لايقربوا الخ) تفريع على قوله تكوينى وهو ظاهر ، فإنه لم ينقل أنهم بعد ذلك اليوم حجوا واعتمروا عراة كما كانوا يفعلون فى الجاهلية فافهم ؛

قال فى الهداية ولنا ماروى أنه عليه الصلاة والسلام أنزل وفد ثقيف فى مسجده وهم كفار ، ولأن الخبث فى اعتقادهم فلا يؤدى إلى تلويث المسجد والآية محمولة على الحضور استيلاء واستعلاء أو طائفين عراة كما كانت عادتهم فى الجاهلية اهـ أى فليس الممنوع نفس الدخول يدل عليه ما فى صحيح البخارى بإسناده إلى أحمد بن عبد الرحمن بن عوف أن أبا هريرة أخبره أن أبا بكر الصديق رضى الله تعالى عنهما بعثه فى الحجة التى أمره فيها النبى صلى الله عليه وسلم قبل حجة الوداع فى رهط يؤذن فى الناس « ألا لايحجن بعد العام مشرك ولا يطوفن بالبيت عريان » إتقانى (قوله عام تسع) بالجر بدل من عامهم ط (قوله ونادى على بهذه السورة) كذا فى كثير من النسخ التى رأيتها وفى نسخة ونادى على بعيره بسورة براءة ، وهى التى كتب عليها ط وقال إن المنادى على البعير بأربعين آية من أول ســورة براءة هو علىّ كرم الله وجهه ، وقد أرسله عليه الصلاة والسلام عقب الصديق ؛ فلحقه والحكمة فى ذلك ليكون الآمر من أهل بيته عليه الصلاة والسلام اهـ (قوله ولاتنس مامر فى فصل الجزية) حيث قال : وأما دخوله المسجد الحرام فذكر فى السير الكبير المنع : وفى الجامع الصغير عدمه والسير الكبير آخر تصنيف الإمام محمد رحمه الله تعالى ، والظاهر أنه أورد فيه ما استقر عليه الحال اهـ ؛

أقول : غايته أن يكون مافى السير الكبير هو قول محمد الذى استقر عليه رأيه ولذا ذكره الشارح آنفا مع الشافعى وأحمد ، وما ذكره أصحاب المتون هنا مبنى على قول الإمام ، لأن شأن المتون ذلك غالبا تأمل هذا . وذكر الشارح فى الجزية أيضا أنهم يمنعون من استيطان مكة والمدينة لأنهما من أرض العرب قال عليه الصلاة والسلام

(و) جاز (عيادته) بالإجماع وفى عيادة المجوسى قولان (و) جاز (عيادة فاسق) على الأصح لأنه مسلم والعيادة من حقوق المسلمين (و) جاز (خصاء البهائم) حتى الهرة، وأما خصاء الآدمى فحرام قيل والفرس وقيدوه بالمنفعة وإلا فحرام (وإنزاء الحمير على الخيل) كعكسه قهستانى (والحقنة)

«لايجتمع فى أرض العرب دينان» ولو دخل لتجارة جاز ولا يطيل اه (قوله وجاز عيادته) أى عيادة مسلم ذميا نصرانيا أو يهوديا، لأنه نوع بر فى حقهم ومانهينا عن ذلك، وصح أن النبى صلى الله عليه وسلم عاد يهوديا مرض بجواره هداية (قوله وفى عيادة المجوسى قولان) قال فى العناية فيه اختلاف المشايخ فمنهم من قال به، لأنهم أهل الذمة وهو المروى عن محمد، ومنهم من قال هم أبعد عن الإسلام من اليهود والنصارى، ألا ترى أنه لاتباح ذبيحة المجوس ولكاحهم اه.

قلت: وظاهر المتن كالملتقى وغيره اختيار الأول لإرجاعه الضمير فى عيادته إلى الذمى ولم يقل عيادة اليهودى والنصرانى، كما قال القدورى وفى النوادر جار يهودى أو مجوسى مات ابن له أو قريب ينبغى أن يعزيه، ويقول أخلف الله عليك خيرا منه، وأصلحك وكان معناه أصلحك الله بالإسلام يعنى رزقك الإسلام ورزقك ولدا مسلما كفاية (قوله وجاز عيادة فاسق) وهذا غير حكم المخالطة ذكر صاحب الملتقط يكره للمشهور المقتدى به الاختلاط برجل من أهل الباطل والشر إلا بقدر الضرورة، لأنه يعظم أمره بين الناس، ولو كان رجل لايعرف يداريه ليدفع الظلم عن نفسه من غير إثم فلا بأس به اه.

[تنبيه] من العيادة المكروهة إذا علم أنك تثقل على المريض: فلا تعده فقد قيل مجالسة الثقيل حمى الروح، ولا تهول على المريض، ولا تحرك رأسك ولا تقل ماعلمت أنك على هذه الحالة الشديدة، بل هون عليه المرض وطيب قلبه، وقل له أراك فى خير بتأويل واذكر له ما يزيد رجاءه فى رحمة الله تعالى مشوبا بشىء من التخويف ولا تضع يدك على رأسه فربما يؤذيه إلا إذا طلبه وقل له إذا دخلت عليه، كيف تجدك هكذا جاء عن السلف ولا تقل له أوص فإنه من أعمال الجهال اه مجتبى ط.

[فائدة] يتشاءم الناس فى زماننا من العيادة فى يوم الأربعاء، فينبغى تركها إذا كان يحصل للمريض بذلك ضرر ورأيت فى تاريخ المحبى فى ترجمة الشيخ فتح الله البيلونى أنه قال:

السبت والإثنين والأربعا تجنب المرضى بها أن تزار
فى طيبة يعرف هذا فلا تغفل فإن العرف عالى المنار

قال المحبى قلت: هذا عرف مشهور لكن ورد فى السنة ما يرد السبت منه فقد ورد أنه عليه الصلاة والسلام كان يفقد(١) أهل قباء يوم الجمعة، فيسأل عن المفقود فيقال له إنه مريض، فيذهب يوم السبت لزيارته تأمل (قوله وجاز خصاء البهائم) عبر فى الهداية بالإخصاء، والصواب ما هنا كما فى النهاية وهو نزع الخصية، ويقال: خصى ومخصى (قوله قيل والفرس) ذكر شمس الأئمة الحلوانى أنه لا بأس به عند أصحابنا، وذكر شيخ الإسلام أنه حرام ط (قوله وقيدوه) أى جواز خصاء البهائم بالمنفعة وهى إرادة سمنها أو منعها عن العض بخلاف بنى آدم فإنه يراد به المعاصى فيحرم أفاده الإتقانى عن الطحاوى.

[تنبيه] لابأس بكى البهائم للعلامة وثقب أذن الطفل من البنات لأنهم كانوا يفعلونه فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير إنكار، ولابأس بكى الصبيان لداء إتقانى والهرة المؤذية لا تضرب، ولا تعرك أذنها بل تذبح

---

(١) قوله (كان يفقد) يحتمل أنه من الفقد ويحتمل أنه بمعنى يتفقد أى يسأل عنهم.

للتداوى ولو للرجل بطاهر لابنجس وكذا كل تداولا يجوز إلا بطاهر وجوزه فى النهاية بمحرم إذا أخبره طبيب مسلم أن فيه شفاء ولم يجد مباحا يقوم مقامه :

قلت : وفى البزازية ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام « إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم » نفى الحرمة عندالعلم بالشفاء دل عليه جوازشربه لإزالة العطش اه وقد قدمناه (و) جاز إساغة اللقمة بالخمر وجواز (رزق القاضى) من بيت المال لو بيت المال حلالا جمع بحق وإلا لم يحل وعبر بالرزق ليفيدتقديره بقدرمايكفيه وأهله فى كل زمان ولوغنيا فى الأصح وهذا لو بلا شرط ولو به كالأجرة فحرام ، لأن القضاء طاعة ،

بسكين حاد ، ولو ماتت حامل وأكبر رأيهم إن الولد حى شق بطنها من الجانب الأيسر ، وبالعكس قطع الولد إربا إربا تاترخانية (قوله للتداوى) أى من مرض أو هزال مؤد إليه لا لنفع ظاهر كالتقوى على الجماع كما قدمناه ولا للسمن كما فى العناية (قوله ولو للرجل) الأولى ولو للمرأة (قوله وجوزه فى النهاية الخ) ونصه وفى التهذيب: يجوز للعليل شرب البول والدم والميتة للتداوى إذا أخبره طبيب مسلم أن شفاءه فيه ، ولم يجد من المباح مايقوم مقامه ، وإن قال الطبيب يتعجل شفاؤك به فيه وجهان وهل يجوز شرب القليل من الخمر للتداوى : فيه وجهان كذا ذكره الإمام التمرتاشى اه قال فى الدر المنتقى بعد نقله ما فى النهاية : وأقره فى المنح وغيرها وقدمناه فى الطهارة والرضاع أن المذهب خلافه اه (قوله وفى البزازية الخ) ذكره فى النهاية عن الذخيرة أيضا (قوله نفى الحرمة عند العلم بالشفاء) أى حيث لم يقم غيره مقامه كما مر :

وحاصل المعنى حينئذ : أن الله تعالى أذن لكم بالتداوى ، وجعل لكل داء دواء ، فإذا كان فى ذلك الدواء شىء محرم وعلمتم به الشفاء ، فقد زالت حرمة استعماله لأنه تعالى لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم (قوله دل عليه الخ) أقول : فيه نظر لأن إساغة اللقمة بالخمر وشربه لإزالة العطش إحياء لنفسه متحقق النفع ، ولذا يأثم بتركه كما يأثم بترك الأكل مع القدرة عليه حتى يموت بخلاف التداوى ولو بغير محرم فإنه لوتركه حتى مات لايأثم كما نصوا عليه لأنه مظنون كما قدمناه تأمل (قوله وقد قدمناه) أى أول الحظر والإباحة حيث قال الأكل للغذاء والشرب للعطش ولو من حرام أو ميتة أو مال غير وإن ضمنه فرض اه :

[تتمة] لابأس بشرب ما يذهب بالعقل فيقطع الأكلة ونحوه كذا فى التاترخانية ، وسيأتى تمامه آخر كتاب الأشربة (قوله وجاز رزق القاضى) الرزق بالكسر ماينتفع به وبالفتح المصدر قاموس (قوله وإلا لم يحل) قال فى النهاية وأما إذا كان حراما جمع بباطل لم يحل أخذه لأن سبيل الحرام والغصب رده على أهله وليس ذلك بمال عامة المسلمين اه :

أقول : ظاهر العلة أن أهله معلومون فحرمة الأخذ منه ظاهرة ، فإن لم يعلموا فهو كاللقطة يوضع فى بيت المال ، ويصرف فى مصارف اللقطة فقد صرحوا فى الهدية والرشوة للقضاة ونحوهم أنها ترد على أربابها إن علموا وإلا أو كانوا بعيدا حتى تعذر الرد ففى بيت المال فيكون حكمه حكم اللقطة كما تقدم فى كتاب القضاء تأمل (قوله فى كل زمان) متعلق بتقدير أو بيكفيه أى يقدر بقدر كفايته فى كل زمان ، لأن المؤنة تختلف باختلاف الزمان (قوله ولو غنيا فى الأصح) عبارة الهداية ثم القاضى إذا كان فقيرا ، فالأفضل بل الواجب الأخذ لأنه لايمكنه إقامة فرض القضاء إلا به إذ الاشتغال بالكسب يقعده عن إقامته ، وإن كان غنيا فالأفضل الامتناع على ما قيل رفقا ببيت المال ، وقيل الأخذ ، وهو الأصح صيانة للقضاء عن الهوان ، ونظرا لمن تولى بعده من المحتاجين ، لأنه إذا انقطع زمانا تعذر إعادته اه (قوله وهذا لو بلا شرط الخ) بأن تقلد القضاء ابتداء من غير شرط ،

فلم تجز كسائر الطاعات :

قلت : وهل يجرى فيه كلام المتأخرين يحرر (و) جاز (سفر الأمة وأم الولد) والمكاتبة والمبعضة (بلامحرم) هذا فى زمانهم أما فى زماننا فلا لغلبة أهل الفساد وبه يفتى ابن كمال (و) جاز (شراء ما لابد للصغير منه وبيعه) أى بيع ما لابد للصغير منه (لأخ وعم وأم وملتقط هو فى حجرهم) أى فى كنفهم وإلا لا (و) جاز (إجارته لأمه فقط) لو فى حجرها وكذا الملتقط على الأصح كذا عزاه المصنف لشرح المجمع ولم أره فيه ويأتى متنا ما ينافيه فتنبه وكذا لعمه عندالثانى خلافا للثالث ولو أجر الصغير نفسه لم يجز إلا إذا فرغ العمل لتمحضه نفعا فيجب المسمى وصح إجارة أب وجد وقاض ولو بدون أجر المثل فى الصحيح

ثم رزقه الوالى كفايته ، أما إن قال ابتداء إنما أقبل القضاء إن رزقنى الوالى كذا بمقابلة قضائى ، وإلا فلا أقبل فهو باطل لأنه استئجار على الطاعة اه كفاية (قوله فلم تجز) أى الأجرة عليه أى لم يجز أخذها (قوله يحرر) أقول قدمنا تحريره فى كتاب الإجارات بما لا مزيد عليه ، وبينا أن كلام المتأخرين ليس عاما فى كل طاعة بل فيما فيه ضرورة كتعليم القرآن والفقه والإمامة والأذان (قوله وجاز سفر الأمة) لأن الأجانب فى حق الإماء فيما يرجع إلى النظر والمس بمنزلة المحارم هداية (قوله وأم الولد الخ) عطف خاص على عام قال الزيلعى : وأم الولد أمة لقيام الرق فيها وكذا المكاتبة ، لأنها مملوكة الرقبة وكذا معتقة البعض عند أبى حنيفة لأنها كالمكاتبة عنده اه :

وفيه إشارة إلى أن الحرة لا تسافر ثلاثة أيام بلا محرم ؛ واختلف فيما دون الثلاث وقيل : إنها تسافر مع الصالحين والصبى والمعتوه غير محرمين كما فى المحيط قهستانى (قوله وجاز شراء ما لابد للصغير منه) كالنفقة والكسوة واستئجار الظئر منح (قوله حجرهم) بفتح الحاء وكسرها منح (قوله لشرح المجمع) أى لابن ملك (قوله ولم أره فيه) بل الذى فيه بعد قول المجمع ، ويسلمه فى صناعة ولا يؤجره فى الأصح ما نصه قيد به احترازاً عن رواية القدورى من أن إجارته جائزة كإجارة الأم الصغير ، لأن فيها صوناً عن الفساد بكونه مشغولا بعمل وجه الرواية الأولى أن الملتقط لا يملك إتلاف منافعه ، فلا يؤجره كالعم بخلاف الأم ، لأنها تملك إتلاف منافعه مجانا فتملكه بعوض اه ومثله فى شرحه على الوقاية نعم ذكر الزيلعى أن رواية القدورى أقرب ؛

أقول : قد علمت أن الأصح خلافها كما صرح به فى المجمع والوقاية والهداية وغيرها من كتاب اللقيط ووقع فى الهداية هنا اضطراب (قوله وكذا لعمه) أى لعم الصغير وهذا بناء على ما فى بعض نسخ المنح ونصه وإن كان الصغير فى يد العم فآجره صح لأنه من الحفظ وهذا عند أبى يوسف وعندمحمد لايصح اه ، وفى نسخة مصححة كشط الضمير من قوله فآجره وأبدله بقوله فأجرته أمه ، وهذا هو الموافق لما فى التبيين والشرنبلالية ، لكن رأيت فى النهاية عن جامع التمرتاشى ما نصه : والأم لو آجرته يجوز إذا كان فى حجرها وكذا ذو الرحم المحرم منه اه فراجعه ؛

وفى ٢٧ من جامع الفصولين : لو لم يكن له أب ولا جد ولا وصى فآجره ذو رحم محرم هو فى حجره صح ولو فى حجر ذى رحم محرم فآجره آخر أقرب كما لو له أم وعمة وهو فى حجر عمته فآجرته أمه صح عند أبى يوسف لا عند محمد ولمن آجره قبض أجرته اه (قوله لم يجز) أى لم يلزم كفاية لأنه مشوب بالضرر زيلعى (قوله وصح إجارة أب وجد) وكذا تصح إجارة وصيهما بخلاف وصى القاضى حموى ، وهو خلاف ظاهر عبارة الدرر فراجعها نعم عدها الشارح فى كتاب الوصايا من المسائل الثمانية التى خالف فيها وصى الأب وصى

كما يعلم من الدرر فتبصر (و) جاز (بيع عصير) عنب (ممن) يعلم أنه (يتخذه خمرا) لأن المعصية لاتقوم بعينه بل بعد تغيره وقيل يكره لإعانته على المعصية ونقل المصنف عن السراج والمشكلات أن قوله ممن أى من كافر أما بيعه من المسلم فيكره ومثله فى الجوهرة والباقانى وغيرهما زاد القهستانى معزيا للخانية أنه يكره بالاتفاق (بخلاف بيع أمرد ممن يلوط به وبيع سلاح من أهل الفتنة) لأن المعصية تقوم بعينه ثم الكراهة فى مسألة الأمرد مصرح بها فى بيوع الخانية وغيرها واعتمده المصنف على خلاف ما فى الزيلعى والعينى وإن أقره المصنف فى باب البغاة ؛

قلت : وقدمنا ثمة معزيا للنهر أن ماقامت المعصية بعينه يكره بيعه تحريما وإلا فتنزيها فليحفظ توفيقا (و) جاز تعمير كنيسة و (حمل خمر ذمى) بنفسه أو دابته (بأجر)

القاضى (قوله كما يعلم من الدرر) أى صريحا وعبارتها وفى فوائد صاحب المحيط إذا آجر الأب أو الجد أو القاضى الصغير فى عمل من الأعمال قيل إنما يجوز إذا كانت الإجارة بأجر المثل ، حتى إذا آجره أحدهم بأقل منه لم يجز والصحيح أنه تجوز الإجارة ولو بالأقل اهـ ومثله فى المنح قال فى الشرنبلالية : ولو حمل الأقل على الغبن اليسير دون الفاحش انتفت المخالفة (قوله وجاز) أى عنده لا عندهما بيع عصير عنب أى معصوره المستخرج منه فلا يكره بيع العنب والكرم منه بلا خلاف ، كما فى المحيط لكن فى بيع الخزانة أن بيع العنب على الخلاف قهستانى (قوله ممن يعلم) فيه إشارة إلى أنه لو لم يعلم لم يكره بلا خلاف قهستانى (قوله لاتقوم بعينه الخ) يؤخذ منه أن المراد بما لاتقوم المعصية بعينه ما يحدث له بعد البيع وصف آخر يكون فيه قيام المعصية وأن ماتقوم المعصية بعينه ما توجد فيه على وصفه الموجود حالة البيع كالأمرد والسلاح ويأتى تمام الكلام عليه (قوله أما بيعه من المسلم فيكره) لأنه إعانة على المعصية قهستانى عن الجواهر ؛

أقول : وهو خلاف إطلاق المتون وتعليل الشروح بما مر وقال ط : وفيه أنه لايظهر إلا على قول من قال إن الكفار غير مخاطبين بفروع الشريعة والأصح خطابهم وعليه فيكون إعانة على المعصية ، فلا فرق بين المسلم والكافر فى بيع العصير منهما فتدبر اهـ ولايرد هذا على الإطلاق والتعليل المار (قوله على خلاف ما فى الزيلعى والعينى) ومثله فى النهاية والكفاية عن إجارات الإمام السرخسى (قوله معزيا للنهر) قال فيه من باب البغاة وعلم من هذا أنه لا يكره بيع ما لم تقم المعصية به كبيع الجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والعصير والخشب ممن يتخذ منه المعازف ، وأما فى بيوع الخانية من أنه يكره بيع الأمرد من فاسق يعلم أنه يعصى به مشكل ؛

والذى جزم به الزيلعى فى الحظر والإباحة أنه لايكره بيع جارية ممن يأتيها فى دبرها أو بيع غلام من لوطى ، وهو الموافق لما مر وعندى أن ما فى الخانية محمول على كراهة التنزيه ، وهو الذى تطمئن إليه النفوس إذ لايشكل أنه وإن لم يكن معينا أنه متسبب فى الإعانة ولم أر من تعرض لهذا اهـ وفى حاشية الشلبى على المحيط اشترى المسلم الفاسق عبدا أمرد وكان ممن يعتاد إتيان الأمرد يجبر على بيعه (قوله فليحفظ توفيقا) بأن يحمل ما فى الخانية من إثبات الكراهة على التنزيه ، وما فى الزيلعى وغيره من نفيها على التحريم ، فلا مخالفة وأقول هذا التوفيق غير ظاهر لأنه قدم أن الأمرد مما تقوم المعصية بعينه وعلى مقتضى ما ذكره هنا يتعين أن تكون الكراهة فيه للتحريم فلا يصح حمل كلام الزيلعى وغيره على التنزيه ، وإنما مبنى كلام الزيلعى وغيره على أن الأمرد ليس مما تقوم المعصية بعينه كما يظهر من عبارته قريبا عند قوله وجاز إجارة بيت (قوله وجاز تعمير كنيسة) قال فى الخانية : ولو آجر نفسه ليعمل فى الكنيسة ويعمرها لابأس به لأنه لا معصية فى عين العمل (قوله وحمل خمر ذمى)

لاعصرها لقيام المعصية بعينه (و) جاز (إجارة بيت بسواد الكوفة) أى قراها (لابغيرها على الأصح) وأما الأمصار وقرى غير الكوفة فلا يمكنون لظهور شعار الإسلام فيها وخص سواد الكوفة ، لأن غالب أهلها أهل الذمة (ليتخذ بيت نار أو كنيسة أو بيعة أو يباع فيه الخمر) وقالا لاينبغى ذلك لأنه إعانة على المعصية وبه قالت الثلاثة زيلعى (و) جاز (بيع بناء بيوت مكة

قال الزيلعى : وهذا عنده وقالا هو مكروه « لأنه عليه الصلاة والسلام لعن فى الخمر عشرة وعد منها حاملها » وله أن الإجارة على الحمل وهو ليس بمعصية ، ولا سبب لها وإنما تحصل المعصية بفعل فاعل مختار ، وليس الشرب من ضرورات الحمل ، لأن حملها قد يكون للإراقة أو للتخليل ، فصار كما إذا استأجره لعصر العنب أو قطعه والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية اه زاد فى النهاية وهذا قياس وقولهما استحسان ، ثم قال الزيلعى : وعلى هذا الخلاف لوآجره دابة لينقل عليها الخمر أو آجره نفسه ليرعى له الخنازير يطيب له الأجر عنده وعندهما يكره .

وفى المحيط لايكره بيع الزنانير من النصرانى والقلنسوة من المجوسى ، لأن ذلك إذلال لهما وبيع المكعب المفضض للرجل إن ليلبسه يكره ، لأنه إعانة على لبس الحرام وإن كان إسكافا أمره إنسان أن يتخذ له خفا على زى المجوس أو الفسقة أوخياطا أمره أن يتخذ له ثوبا على زى الفساق يكره له أن يفعل لأنه سبب التشبه بالمجوس والفسقة اه (قوله لاعصرها لقيام المعصية بعينه) فيه منافاة ظاهرة لقوله سابقا لأن المعصية لاتقوم بعينه ط وهو مناف أيضا لما قدمناه عن الزيلعى من جواز استئجاره لعصر العنب أو قطعه ، ولعل المراد هنا عصر العنب على قصد الخمرية فإن عين هذا الفعل معصية بهذا القصد ، ولذا أعاد الضمير على الخمر مع أن العصر للعنب حقيقة فلا ينافى مامر من جواز بيع العصير واستئجاره على عصر العنب هذا ماظهر لى فتأمل (قوله وجاز إجارة بيت الخ) هذا عنده أيضا لأن الإجارة على منفعة البيت ، ولهذا يجب الأجر بمجرد التسليم ، ولا معصية فيه وإنما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فينقطع نسبته عنه ، فصار كبيع الجارية ممن لايستبرئها أو يأتيها من دبر وبيع الغلام من لوطى والدليل عليه أنه لو آجره للسكنى جاز وهو لابد له من عبادته فيه اه زيلعى وعينى ومثله فى النهاية والكفاية ، قال فى المنح : وهو صريح فى جواز بيع الغلام من اللوطى ، والمنقول فى كثير من الفتاوى أنه يكره وهو الذى عولنا عليه فى المختصر اه .

أقول : هو صريح أيضا فى أنه ليس مما تقوم المعصية بعينه ، ولذا كان مافى الفتاوى مشكلا كما مر عن النهر إذ لافرق بين الغلام وبين البيت والعصير ، فكان ينبغى للمصنف التعويل على ماذكره الشراح فإنه مقدم على مافي الفتاوى . نعم على هـــذا التعليل الذى ذكره الزيلعى يشكل الفرق بين ماتقوم المعصية بعينه وبين مالا تقوم بعينه ، فإن المعصية فى السلاح والمكعب المفضض ونحوه إنما هى بفعل الشارى فليتأمل فى وجه الفرق فإنه لم يظهر لى ولم أر من نبه عليه . نعم يظهر الفرق على ماقدمه الشارح تبعا لغيره من التعليل ، لجواز بيع العصير بأنه لاتقوم المعصية بعينه ، بل بعد تغيره فهو كبيع الحديد من أهل الفتنة ، لأنه وإن كان يعمل منه السلاح لكن بعد تغيره أيضا إلى صفة أخرى ، وعليه يظهر كون الأمرد مما تقوم المعصية بعينه كما قدمناه فليتأمل (قوله وأما الأمصار) الأنسب فى التعبير كالأمصار الخ ط (قوله فلا يمكنون) أى من اتخاذ البيع والكنائس وإظهار بيع الخمور ونحو ذلك (قوله أو كنيسة أو بيعة) الأول معبد اليهود والثانى معبد النصارى ذكره فى الصحاح ومن ظن عكس هذا فقدسها اه ابن كمال لكن تطلق الكنيسة على الثانى أيضا كما يعلم من القاموس والمغرب والبيعة بالكسر جمعه بيع كعنب (قوله وجاز بيع بناء بيوت مكة) أى اتفاقا لأنه ملك لمن بناه كمن بنى فى أرض الوقف له بيعه إتقانى

وأرضها) بلا كراهة وبه قال الشافعي وبه يفتى عيني وقد مر في الشفعة وفي البرهان في باب العشر ولا يكره بيع أرضها كبنائها وبه يعمل وفي مختارات النوازل لصاحب الهداية لا بأس ببيع بنائها وإجارتها لكن في الزيلعي وغيره يكره إجارتها وفي آخر الفصل الخامس من التتارخانية وإجارة الوهبانية قالا قال أبو حنيفة أكره إجارة بيوت مكة في أيام الموسم وكان يفتي لهم أن ينزلوا عليهم في دورهم لقوله تعالى - سواء العاكف فيه والباد - ورخص فيها في غير أيام الموسم اه فليحفظ .

قلت : وبهذا يظهر الفرق والتوفيق وهكذا كان ينادي عمر بن الخطاب رضي الله عنه أيام الموسم ويقول يا أهل مكة لاتتخذوا لبيوتكم أبواباً لينزل البادي حيث شاء ثم يتلو الآية فليحفظ (و) جاز (قيد العبد) تحرزاً عن التمرد والإباق وهو سنة المسلمين في الفساق (وقبول هديته تاجراً وإجابة دعوته واستعارة دابته) استحسانا (وكره كسوته) أي قبول هدية العبد (ثوباً وإهداؤه النقدين) لعدم الضرورة (واستخدام الخصي) ظاهره الإطلاق وقيل بل دخوله على الحرم

(قوله وأرضها) جزم به في الكنز وهو قولهما وإحدى الروايتين عن الإمام، لأنها مملوكة لأهلها لظهور آثار الملك فيها وهو الاختصاص بها شرعا وتمامه في المنح وغيرها (قوله وقد مر في الشفعة) ومر أيضا أن الفتوى على وجوب الشفعة في دور مكة وهو دليل على ملكية أرضها كما مر بيانه (قوله لكن الخ) استدراك على قوله وإجارتها (قوله قالا) أي صاحبا الكتابين (قوله قال أبو حنيفة الخ) أقول : في غاية البيان مايدل على أنه قولهما أيضا حين نقل عن تقريب الإمام الكرخي مانصه ، وروى هشام عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه كره إجارة بيوت مكة في الموسم ، ورخص في غيره وكذا قال أبو يوسف وقال هشام : أخبرني محمد عن أبي حنيفة أنه كان يكره كراء بيوت مكة في الموسم ويقول لهم : أن ينزلوا عليهم في دورهم إذا كان فيها فضل وإن لم يكن فلا وهو قول محمد اه فأفاد أن الكراهة في الإجارة وفاقية وكذا قال في الدر المنتقى صرحوا بكراهتها من غير ذكر خلاف اه (قوله وبه يظهر الفرق) أي بحمل الكراهة على أيام الموسم يظهر الفرق بين جواز البيع دون الإجارة ، وهو جواب عما في الشرنبلالية ، حيث نقل كراهة إجارة أرضها عن الزيلعي والكافي والهداية ثم قال : فلينظر الفرق بين جواز البيع ، وبين عدم جواز الإجارة اه .

وحاصله : أن كراهة الإجارة لحاجة أهل الموسم (قوله والتوفيق) بين مافي النوازل ومافي الزيلعي وغيره بحمل الكراهة على أيام الموسم وعدمها على غيرها (قوله وهكذا) أي كما كان الإمام يفتي ط (قوله واستعارة دابته) فلا يضمن المستعير لو عطبت تحته (قوله استحسانا) لأن النبي عليه الصلاة والسلام قبل هدية سلمان حين كان عبدا وقبل هدية بريرة وكانت مكاتبة ، وأجاب رهط من الصحابة دعوة مولى أبي أسيد وكان عبدا ، ولأن في هذه الأشياء ضرورة ولا يجد التاجر بدا منها هداية (قوله أي قبول هدية العبد) أشار إلى أن كسوته من إضافة المصدر إلى فاعله (قوله واستخدام الخصي) لأن فيه تحريض الناس على الخصاء وفي غاية البيان عن الطحاوي ويكره كسب الخصيان وملكهم واستخدامهم اه قال الحموي : لم يظهر لي وجه كراهة كسبه .

أقول : لعل المراد كراهة كسبه على مولاه بأن يجعل عليه ضريبة أو مطلقا لأن كسبه عادة في استخدامه ودخوله على الحرم تأمل . ثم رأيت الثاني في التجنيس والمزيد ونصه لأن كسبه يحصل بالمخالطة مع النسوان اه ولله الحمد (قوله وقيل بل دخوله) الأولى بل في دخوله وعلى القيل اقتصر القهستاني ، ونقله عن الكرماني والحديث والعلة يفيدان الإطلاق فكان هو المعتمد ط وهو ظاهر المتون (قوله على الحرم) جمع حرمة بمعنى المرأة مثل غرفة وغرف كما في المصباح حموي ، فيكون بضم الحاء وفتح الراء وفي بعض النسخ على الحريم ،

لو سنه خمسة عشر :

(و) كره (إقراض) أى إعطاء (بقال) كخباز وغيره (دراهم) أو برا لخوف هلاكه لو بقى بيده يشترط (ليأخذ) مفرقا (منه) بذلك (ما شاء) ولو لم يشترط حالة العقد لكن يعلم أنه يدفع لذلك شرنبلالية ، لأنه قرض جر نفعا وهو بقاء ماله فلو أودعه لم يكره لأنه لو هلك لايضمن وكذا لو شرط ذلك قبل الإقراض ثم أقرضه يكره اتفاقا قهستانى وشرنبلالية :

(و) كره تحريما (اللعب بالنرد و) كذا (الشطرنج) بكسر أوله ويهمل ولايفتح إلا نادراً وأباحه الشافعى وأبو يوسف فى رواية ونظمها شارح الوهبانية فقال :

ولا بأس بالشطرنج وهى رواية عن الحبر قاضى الشرق والغرب تؤثر

وهذا إذا لم يقامر ولم يداوم ولم يخل بواجب وإلا فحرام بالإجماع :

وفى القاموس والحريم كأمير ماحرم فلم يمس وثوب المحرم وما كان المحرمون يلقونه من الثياب ، فلا يلبسونه ومن الدار ما أضيف إليها من حقوقها ومرافقها وهتك ماتحميه وتقاتل عنه كالحرم جمعه أحرام وحرم بضمتين وحرمك بضم الحاء نساؤك وما تحمى وهى المحارم الواحدة كمكرمة وتفتح راؤه اه فالحرم بالفتح والحريم بمعنى ما يحمى مناسب هنا أيضا (قوله لو سنه خمسة عشر) قيد بالسن لما قيل إن الخصى لايحتلم (قوله بقال) قال فى القاموس البقال بياع الأطعمة كلمة عامية والصحيح البدال اه (قوله يشترط) جملة حالية أى يشترط الأخذ وقيد به لما فى غاية البيان إنما يكره إذا كانت المنفعة مشروطة فى العقد وإلا فلا لأن المستقرض يكون متبرعا بها فصار كالرجحان الذى دفعه صلى الله عليه وسلم اه (قوله ولو لم يشترط حالة العقد الخ) كذا فى بعض النسخ وسقط من بعضها قال ط والأولى أن يقول : أو لم يشترط ليفيد اتحاد الحكم فى الصورتين ، ويكون عطفا على قوله : يشترط قال فى الشرنبلالية ، وجعل المسألة فى التجنيس والمزيد على ثلاثة أوجه : إما أن يشترط عليه فى القرض ، أن يأخذها تبرعا أو شراء ، أو لم يشترط ولكن يعلم أنه يدفع لهذا وقال قبل ذلك ففى الوجه الأول والثانى : لايجوز ، لأنه قرض جر منفعة وفى الوجه الثالث : جاز لأنه ليس بشرط المنفعة ، فإذا أخذ يقول فى كل وقت يأخذ هو على ماقاطعتك عليه اه :

أقول : الوجه الثالث يلزم منه الثانى فكان ينبغى أن يكره أيضا إلا أن يحمل الثالث على ما إذا أعرضا وقت القرض عن الشرط المذكور بينهما قبله (قوله وهو بقاء ماله) وكفايته للحاجات ولو كان فى يده لخرج من ساعته . ولم يبق منح (قوله قهستانى وشرنبلالية) عبارة القهستانى : فلو تقرر بينهما قبل الإقراض أن يعطيه كذا درهما ليأخذ منه متفرقا ثم أقرضه لم يكره بلا خلاف كما فى المحيط اه وهذا هو الوجه الثالث مما فى الشرنبلالية وقد علمت ما فيه إن لم يحمل على ماقلناه وبه علم أن قول الشرح : يكره اتفاقا صوابه لم يكره كما يوجد فى بعض النسخ (قوله بالنرد) هو اسم معرب ويقال له النردشير بفتح الدال وكسر الشين والشير إسم ملك وضع له النرد كما فى المهمات ، وفى زين العرب قيل : إن الشير معناه الحلو ، وفيه نظر قالوا هو من موضوعات سابور بن أردشير ثانى ملوك الساسانية وهو حرام مسقط للعدالة بالإجماع قهستانى (قوله والشطرنج) معرب شدرنج ، وإنما كره لأن من اشتغل به ذهب عناؤه الدنيوى ، وجاءه العناء الأخروى فهو حرام وكبيرة عندنا ، وفى إباحته إعانة الشيطان على الإسلام والمسلمين كما فى الكافى قهستانى (قوله فى رواية الخ) قال الشرنبلالى فى شرحه وأنت خبير بأن المذهب منع اللعب به كغيره (قوله قاضى الشرق والغرب) هو الإمام الثانى أبو يوسف لأن ولايته شملت المشارق والمغارب ، لأنه كان قاضى الخليفة هرون الرشيد شرنبلالية (قوله وهذا الخ) وكذا إذا لم يكثر الحلف

(و) كره (كل لهو) لقوله عليه الصلاة والسلام « كل لهو المسلم حرام إلا ثلاثة ملاعبته أهله وتأديبه لفرسه ومناضلته بقوسه » (و) كره (جعل الغل) طوق له راية (فى عنق العبد) يعلم بإباقه وفى زماننا لا بأس به لغلبة الإباق خصوصا فى السودان وهو المختار كما فى شرح المجمع للعينى (بخلاف القيد) فإنه حلال كما مر (و) كره (قوله فى دعائه بمقعد العز من عرشك)

عليه وبدون هذه المعانى لا تسقط عدالته للاختلاف فى حرمته عبدالبر عن أدب القاضى .

[فرع] اللعب بالأربعة عشر حرام وهو قطعة من خشب يحفر فيها ثلاثة أسطر ويجعل فى تلك الحفر حصى صغار يلعب بها اه منح .

قلت : الظاهر أنها المسماة الآن بالمنقلة لكنها تحفر سطرين كل سطر سبع حفر (قوله وكره كل لهو) أى كل لعب وعبث فالثلاثة بمعنى واحد كما فى شرح التأويلات والإطلاق شامل لنفس الفعل ، واستماعه كالرقص والسخرية والتصفيق وضرب الأوتار من الطنبور والبربط والرباب والقانون والمزمار والصنج والبوق ، فإنها كلها مكروهة لأنها زى الكفار ، واستماع ضرب الدف والمزمار وغير ذلك حرام وإن سمع بغتة يكون معذورا ويجب أن يجتهد أن لايسمع قهستانى (قوله ومناضلته بقوسه) قال فى مختصر النقاية يقال : انتضل القوم وتناضلوا أى رموا للسبق وناضله إذا رماه اه وفى الجواهر قد جاء الأثر فى رخصة المسارعة ، لتحصيل القدرة على المقاتلة دون التلهى فإنه مكروه اه والظاهر أنه يقال مثل ذلك فى تأديب الفرس والمناضلة بالقوس ط (قوله وكره جعل الغل) بضم الغين المعجمة (قوله طوق له راية) الراية بالراء المهملة والدال غلط من الكاتب غل يجعل فى عنق العبد من الحديد علامة على أنه أبق إتقانى وفى القهستانى هو طوق مسمر بمسمار عظيم يمنعه من تحريك رأسه اه فتنبه له (قوله يعلم) بضم أوله وكسر ثالثه من الاعلام وضميره للغل وهو وجه تسميته بالراية (قوله بمعقد العز) بكسر القاف شلبى قال فى المغرب : معقد العز موضع عقده اه وإنما كره لأنه يوهم تعلق عزه بالعرش والعرش حادث ، وما يتعلق به يكون حادثا ضرورة والله تعالى متعال عن تعلق عزه بالحادث سبحانه ، بل عزه قديم لأنه صفته ، وجميع صفاته قديمة قائمة بذاته لم يزل موصوفا بها فى الأزل ، ولا يزال فى الأبد ولم يزد شيئا من الكمال لم يكن فى الأزل بحدوث العرش وغيره زيلعى .

وحاصله : أنه يوهم تعلق عزه تعالى بالعرش تعلقا خاصا ، وهو أن يكون العرش مبدأ ومنشأ لعزه تعالى كما توهمه كلمة من فإن جميع معانيها ترجع إلى معنى ابتداء الغاية ، وذلك المعنى غير متصور فى صفة من صفاته تعالى فإن مؤداه أن صفة العز ناشئة من العرش الحادث ، فتكون حادثة فافهم وبه اندفع ما أورد أن حدوث تعلق الصفة بالحادث لايوجب حدوثها ، لعدم توقفها عليه كتعلق القدرة ونحوها بالمحدثات كما بسطه الطورى ووجه الاندفاع أن مجرد إيهام المعنى المحال كاف فى المنع عن التلفظ بهذا الكلام ، وإن احتمل معنى صحيحا ولذا علل المشايخ بقولهم لأنه يوهم الخ ونظيره ماقالوا فى أنا مؤمن إن شاء الله ، فإنهم كرهوا ذلك ، وإن قصد التبرك دون التعليق لما فيه من الإيهام كما قرره العلامة التفتازانى فى شرح العقائد وابن الهمام فى المسايرة ، وعلى هذا يمنع عن هذا اللفظ ، وإن أريد بالعز عز العرش الذى هو صفة له ، لأن المتبادر أن المراد عز الله تعالى فيشكل قول الزيلعى ، ولو جعل العز صفة للعرش كان جائزا لأن العرش موصوف فى القرآن بالمجد والكرم ، فكذا بالعز ولا يشك أحد أنه موضع الهيبة وإظهار كمال القدرة وإن كان الله تعالى مستغنيا عنه اه لكن أقره فى الدرر والمنح وكذا المقدسي وقال : وعليه تكون من بيانية أى بمعقد العزِ الذي هو عرشكِ ، وهذا وجه وجيه لما اختاره

ولو بتقديم العين وعن أبي يوسف لا بأس به وبه أخذ أبو الليث للأثر والأحوط الامتناع لكونه خبر واحد فيما يخالف القطعي إذ المتشابه إنما يثبت بالقطعي هداية وفى التاترخانية معزيا للمنتقى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة لا ينبغي لأحد أن يدعو الله إلا به والدعاء المأذون فيه المأمور به ما استفيد من قوله تعالى — ولله الأسماء الحسنى فادعوه بها — قال وكذا لا يصلي أحد على أحد

الفقيه اه فليتأمل (قوله ولو بتقديم العين) ظاهره أن الذى فى المتن بتقديم القاف، وهو الذى فى أغلب نسخ الشرح وفى بعضها بتقديم العين، وهو الذى شرح عليه فى المنح، وهو الأولى لموافقته للمتون، ولأنه موضع الخلاف ولذا قال في الهداية ولا ريب فى امتناع الثانى لأنه من العقود (قوله للأثر) وما روى أنه كان من دعائه صلى الله عليه وسلم «اللهم إنى أسألك بمعقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الأعظم وجدك الأعلى وكلماتك التامة» زيلعى (قوله والأحوط الامتناع) وعزاه فى النهاية إلى شرح الجامع الصغير لقاضيخان والتمرتاشي والمحبوبي وفى الفصل الثالث عشر من آخر الحلية شرح المنية للمحقق ابن أمير حاج قال بعد ما تكلم على هذا الأثر: وسنده وأنه عده ابن الجوزى فى الموضوعات، قد عرفت أن هذا الأثر ليس بثابت فالحق أن مثله لا ينبغي أن يطلق إلا بنص قطعي أو بإجماع قوى، وكلاهما منتف فالوجه المنع، وتحمل الكراهة المذكورة على كراهة التحريم وتمامه فيه (قوله فيما يخالف القطعي) وهو تنزيه الحق تعالى عن مثله ط (قوله إذ المتشابه) الأولى أن يقول والمتشابه أى الذى هو كهذا الدعاء ط أى مما كان ظاهره محالا على الله تعالى (قوله هداية) أقول: العبارة المذكورة لصاحب المنح، وأما عبارة الهداية فنصها، ولكنا نقول هذا خبر واحد فكان الاحتياط فى الامتناع اه:

[تنبيه] لينظر فى أنه يقال مثل ذلك فى نحو مايؤثر من الصلوات مثل: اللهم صل على محمد عدد علمك وحلمك، ومنتهى رحمتك، وعدد كلماتك، وعدد كمال الله ونحو ذلك فإنه يوهم تعدد الصفة الواحدة أو انتهاء متعلقات نحو العلم ولا سيما مثل عدد ما أحاط به علمك، ووسعه سمعك وعدد كلماتك إذ لا منتهى لعلمه ولا لرحمته ولا لكلماته تعالى ولفظة عدد ونحوها توهم خلاف ذلك، ورأيت في شرح العلامة الفاسى على دلائل الخيرات البحث فى ذلك فقال: وقد اختلف العلماء فى جواز إطلاق الموهم عند من لا يتوهم به أو كان سهل التأويل واضح المحمل أو تخصص بطرق الاستعمال فى معنى صحيح، وقد اختار جماعة من العلماء كيفيات فى الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم وقالوا إنها أفضل الكيفيات منهم الشيخ عفيف الدين اليافعى والشرف البارزى والبهاء ابن القطان ونقله عنه تلميذه المقدسى اه:

أقول: ومقتضى كلام أئمتنا المنع من ذلك إلا فيما ورد عن النبى صلى الله عليه وسلم على ما اختاره الفقيه فتأمل والله أعلم (قوله إلا به) أى بذاته وصفاته وأسمائه (قوله ولله الأسماء الحسنى فادعوه بها) قال الحافظ أبو بكر بن العربي عن بعضهم إن لله تعالى ألف اسم قال ابن العربي وهذا قليل فيها وفى الحديث الصحيح: «إن لله تعالى تسعة وتسعين اسما مائة إلا واحدا من أحصاها دخل الجنة» قال النووى فى شرح مسلم: واتفق العلماء على أنه ليس فيه حصر فيها، وإنما المراد الإخبار عن دخول الجنة بإحصائها:

واختلفوا فى المراد بإحصائها فقال البخارى وغيره من المحققين معناه: حفظها وهذا هو الأظهر لأنه جاء مفسرا فى الرواية الأخرى من حفظها وقيل عدها فى الدعاء، وقيل أحسن المراعاة لها والمحافظة على ما تقتضيه بمعانيها وقيل غير ذلك والصحيح الأول اه ملخصا (قوله وكذا لا يصلى أحد على أحد) أى استقلالا أما تبعا كقوله: اللهم صل على محمد وعلى آله وأصحابه جاز خانية، والمراد غير الملائكة، أما هم فيجوز عليهم استقلالا

إلا على النبي صلى الله عليه وسلم :

(و) كره قوله (بحق رسلك وأنبيائك وأوليائك) أو بحق البيت لأنه لاحق للخلق على الخالق تعالى ولو قال لآخر بحق الله أو بالله أن تفعل كذا لايلزمه ذلك وإن كان الأولى فعله درر :

وفى المختارات قال ابن المبارك: سأل لوجه الله أو لحق الله يعجبنى أن لايعطيه شيئا لأنه عظم ماحقر الله وفيها قرأ القرآن ولم يعمل بموجبه يثاب على قراءته كمن يصلى ويعصى :

قال فى الغرائب : والسلام يجزى عن الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم ط وفى خطبة شرح البيرى : فمن صلى على غيرهم أثم ويكره وهو الصحيح . وفى المستصفى وحديث « صلى الله على آل أبى أوفى » الصلاة حقه ، فله أن يصلى على غيره ابتداء أما الغير فلا اه وسيأتى تمام الكلام على ذلك آخر الكتاب (قوله إلا على النبى) أل للنجس والمناسب زيادة الملائكة ط (قوله وكره قوله بحق رسلك الخ) هذا لم يخالف فيه أبو يوسف بخلاف مسألة المتن السابقة كما أفاده الاتقانى . وفى التاترخانية وجاء فى الآثار مادل على الجواز (قوله لأنه لاحق للخلق على الخالق) قد يقال إنه لاحق لهم وجوبا على الله تعالى ، لكن الله سبحانه وتعالى جعل لهم حقا من فضله أو يراد بالحق الحرمة والعظمة ، فيكون من باب الوسيلة وقد قال تعالى : ـ وابتغوا إليه الوسيلة ـ : وقد عد من آداب الدعاء التوسل على ما فى الحصن ، وجاء فى رواية : « اللهم إنى أسألك بحق السائلين عليك ، وبحق ممشاى إليك ، فإنى لم أخرج أشرا ولا بطرا » الحديث اه ط عن شرح النقاية لمنلا على القارى ويحتمل أن يراد بحقهم علينا من وجوب الإيمان بهم وتعظيمهم ، وفى اليعقوبية يحتمل أن يكون الحق مصدرا لاصفة مشبهة فالمعنى بحقية رسلك فلا منع فليتأمل اه أى المعنى بكونهم حقا لا بكونهم مستحقين :

أقول : لكن هذه كلها احتمالات مخالفة لظاهر المتبادر من هذا اللفظ ومجرد إيهام اللفظ مالا يجوز كاف فى المنع كما قدمناه فلا يعارض خبر الآحاد فلذا والله أعلم أطلق أئمتنا المنع على أن إرادة هذه المعانى مع هذا الإيهام فيها الإقسام بغير الله تعالى ، وهو مانع آخر تأمل نعم ذكر العلامة المناوى فى حديث « اللهم إنى أسألك وأتوجه إليك بنبيك نبى الرحمة » عن العز بن عبد السلام أنه ينبغى كونه مقصورا على النبى صلى الله عليه وسلم ، وأن لايقسم على الله بغيره وأن يكون من خصائصه قال وقال السبكى : يحسن التوسل بالنبى إلى ربه ولم ينكره أحد من السلف ولا الخلف إلا ابن تيمية فابتدع مالم يقله عالم قبله اه ونازع العلامة ابن أمير حاج فى دعوى الخصوصية ، وأطال الكلام على ذلك فى الفصل الثالث عشر آخر شرحه على المنية فراجعه (قوله سأل) أى طلب من شخص شيئا من الدنيا الحقيرة (قوله يعجبنى أن لايعطيه شيئا) محمول على ما إذا لم يعلم ضرورته ط :

أقول : وليتأمل المنع مع ماذكره شيخ مشايخنا الجراحى مما عند الطبرانى بسند رجاله رجال الصحيح عن أبى موسى رضى الله عنه أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « ملعون من سأل بوجه الله وملعون من سئل بوجه الله ثم منع سائله مالم يسأل هجرا » يعنى قبيحا ولأبى داود والنسائى وصححه ابن حبان وقال الحاكم على شرط الشيخين عن ابن عمر رضى الله عنهما رفعه « من يسأل بوجه الله(١) فأعطوه » وللطبرانى « ملعون من سأل بوجه الله وملعون من يسئل بوجه الله فيمنع سائله » اه إلا أن يحمل على السؤال من غير الدنيا أو على ما إذا علم عدم حاجته وأن سؤاله للتكثير تأمل (قوله يثاب على قراءته) وإن كان يأثم بترك العمل فالثواب من جهة والإثم من أخرى ط

---

(١) قوله (من يسأل الله بوجه الخ) هكذا بالأصل المقابل على خط المؤلف ولعل الصواب : من يسأل بوجه الله الخ كما يدل عليه سابق الكلام ولاحقه اه مصححه .

[فرع] هل يكره رفع الصوت بالذكر والدعاء ؟ قيل نعم وتمامه قبيل جنايات البزازية .
(و) كره (احتكار قوت البشر) كتبن وعنب واوز (والبهائم) كتبن وقت (فى بلد يضر بأهله) لحديث « الجالب مرزوق والمحتكر ملعون » فإن لم يضر لم يكره

(قوله قيل نعم) يشعر بضعفه مع أنه مشى عليه في المختار والملتقى فقال : وعن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كره رفع الصوت عند قراءة القرآن والجنازةوالزحف والذكير فما ظنك عندالغناء الذى يسمونه وجدا ومحبة فإنهمكروه لاأصل له فى الدين اه (قوله وتمامه قبيل جنايات البزازية) أقول : اضطرب كلام البزازية فنقل أولا عن فتاوى القاضى أنه حرام لما صح عن ابن مسعود أنه أخرج جماعة من المسجد يهللون ويصلون عن النبى صلى الله عليه وسلم جهرا وقال لهم « ماأراكم إلا مبتدعين » ثم قال البزازى وما روى فى الصحيح أنه عليه الصلاة والسلام قال لرافعى أصواتهم بالتكبير « اربعوا على أنفسكم إنكم لن تدعوا أصم ولا غائبا إنكم تدعون سميعا بصيرا قريبا أنه معكم » الحديث يحتمل أنه لم يكن للرفع مصلحة فقد روى أنه كان فى غزاة ولعل رفع الصوت يجر بلاء والحرب خدعة ولهذا نهى عن الجرس فى المغازى ، وأما رفع الصوت بالذكر فجائز كما فى الأذان والخطبة والجمعة والحج اه وقد حرر المسألة فى الخيرية وحمل مافى فتاوى القاضى على الجهر المضر وقال : إن هناك أحاديث اقتضت طلب الجهر ، وأحاديث طلب الإسرار والجمع بينهما بأن ذلك يختلف باختلاف الأشخاص والأحوال ، فالإسرار أفضل حيث خيف الرياء أو تأذى المصلين أو النيام والجهر أفضل حيث خلا مما ذكر ، لأنه أكثر عملا ولتعدى فائدته إلى السامعين ، ويوقظ قلب الذاكر فيجمع همه إلى الفكر ، ويصرف سمعه إليه ، ويطرد النوم ويزيد النشاط اه ملخصا .

زاد فى التاترخانية : وأما رفع الصوت عند الجنائز فيحتمل أن المراد منه النوح أو الدعاء للميت بعد ما افتتح الناس الصلاة أو الإفراط فى مدحه كعادة الجاهلية بما هو شبيه المحال ، وأما أصل الثناء عليه فغير مكروه اه وقد شبه الإمام الغزالى ذكر الإنسان وحده وذكر الجماعة بأذان المنفرد ، وأذان الجماعة قال : فكما أن أصوات المؤذنين جماعة تقطع جرم الهواء أكثر من صوت المؤذن الواحد كذلك ذكر الجماعة على قلب واحد أكثر تأثيرا فى رفع الحجب الكثيفة من ذكر شخص واحد (قوله وكره احتكار قوت البشر) الاحتكار لغة : احتباس الشىء انتظارا لغلائه والاسم الحكرة بالضم والسكون كما فى القاموس ، وشرعا : اشتراء طعام ونحوه وحبسه إلى الغلاء أربعين يوما لقوله عليه الصلاة والسلام « من احتكر على المسلمين أربعين يوما ضربه الله بالجذام والإفلاس » وفى رواية « فقد برئ من الله وبرئ الله منه » قال فى الكفاية : أى خذله والخذلان ترك النصرة عند الحاجة اه وفى أخرى « فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا » الصرف : النفل ، والعدل : الفرض شرنبلالية عن الكافى وغيره وقيل شهرا وقيل أكثر وهذا التقدير للمعاقبة فى الدنيا بنحو البيع والتعزير لا للإثم لحصوله وإن قلت المدة وتفاوته بين تربصه لعزته أو للقحط والعياذ بالله تعالى درمنتقى مزيدا والتقييد بقوت البشر قول أبى حنيفة ومحمد وعليه الفتوى كذا فى الكافى ، وعن أبى يوسف كل ما أضر بالعامة حبسه ، فهو احتكار وعن محمد الاحتكار فى الثياب ابن كمال (قوله كتين وعنب ولوز) أى مما يقوم به بدنهم من الرزق ولو دخنا لاعسلا وسمنا درمنتقى (قوله وقت) بالقاف والتاء المثناة من فوق الفصفصة بكسر الفاءين وهى الرطبة من علف الدواب اه ح وفى المغرب : القت اليابس من الاسفست اه ومثله فى القاموس وقال فى الفصفصة بالكسر هو نبات فارسيته إسفست تأمل (قوله فى بلد) أو ما فى حكمه كالرستاق والقرية قهستانى (قوله يضر بأهله) بأن كان البلد صغيرا هداية (قوله والمحتكر ملعون) أى مبعد عن درجة الأبرار ، ولا يراد المعنى الثانى للعن وهو

ومثله تلقي الجلب (و) يجب أن (يأمره القاضي ببيع مافضل عن قوته وقوت أهله فإن لم يبع) بل خالف أمر القاضي (عزره) بما يراه رادعا له (وباع) القاضي (عليه) طعامه (وفاقا) على الصحيح وفي السراج لو خاف الإمام على أهل بلد الهلاك أخذ الطعام من المحتكرين وفرق عليهم فإذا وجدوا سعة ردوا مثله وهذا ليس بحجر بل للضرورة ومن اضطر لمال غيره وخاف الهلاك تناوله بلا رضاه ونقله الزيلعي عن الاختيار وأقره (ولا يكون محتكراً بحبس غلة أرضه) بلا خلاف (ومجلوبه من بلد آخر) خلافا للثاني وعند محمد إن كان يجلب منه عادة كره وهو المختار (ولا يسعر حاكم) لقوله عليه الصلاة والسلام « لا تسعروا فإن الله هو المسعر القابض الباسط

الإبعاد عن رحمة الله تعالى ، لأنه لا يكون إلا في حق الكفار إذ العبد لا يخرج عن الإيمان بارتكاب الكبيرة كما في الكرماني ، وأقره القهستاني در منتقى (قوله ومثله تلقي الجلب) أي في التفصيل بين كونه يضر أهل البلد أو لا يضر . وصورته كما في منلامسكين : أن يخرج من البلد إلى القافلة التي جاءت بالطعام ، ويشتري منها خارج البلد وهو يريد حبسه ويمتنع عن بيعه ولم يترك حتى تدخل القافلة البلد قالوا هذا إذا لم يلبس الملتقي سعر البلد على التجار ، فإن لبس فهو مكروه في الوجهين هداية (قوله يأمر القاضي ببيع ما فضل الخ) أي إلى زمن يعتبر فيه السعة كما في الهداية والتبيين شرنبلالية وينهاه عن الاحتكار ويعظه ويزجره عنه زيلعي (قوله فإن لم يبع الخ) قال الزيلعي فإن رفع إليه ثانيا فعل به كذلك وهدده فإن رفع إليه ثالثا حبسه وعزره ، ومثله في القهستاني وكذا في الكفاية عن الجامع الصغير فتنبه (قوله وباع القاضي عليه طعامه) أي إذا امتنع باعه جبرا عليه قال في الهداية : وهل يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه قيل : هو على اختلاف عرف في بيع مال المديون ، وقيل : يبيع بالاتفاق لأن أباحنيفة يرى الحجر لدفع ضرر عام وهذا كذلك اهـ (قوله على الصحيح) كذا نقله القهستاني ومثله في المنح (قوله وفي السراج الخ) مثله في غاية البيان وغيرها ، وهذا بيان للعلة الأخرى للقول الصحيح غير التي قدمناها عن الهداية بناء على قول الإمام بعدم الحجر تأمل (قوله أخذ الطعام من المحتكرين) أي ويبقي لهم قوتهم وقوت عيالهم كما لا يخفى ط أي كما مر في أمره بالبيع (قوله ولا يكون محتكرا الخ) لأنه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة ، ألا ترى أن له أن لا يزرع فكذا له أن لا يبيع هداية قال ط والظاهر أن المراد أنه لا يأثم إثم المحتكر وإن أثم بانتظار الغلاء أو القحط لنية السوء للمسلمين اهـ وهل يجبر على بيعه الظاهر نعم إن اضطر الناس إليه تأمل (قوله ومجلوبه من بلد آخر) لأن حق العامة إنما يتعلق بما جمع في المصر وجلب إلى فنائها هداية قال القهستاني ويستحب أن يبيعه ، فإنه لا يخلو عن كراهة كما في التمرتاشي (قوله خلافا للثاني) فعنده يكره كما في الهداية واعترضه الاتقاني ، بأن الفقيه جعله متفقا عليه ، وبأن القدوري قال في التقريب وقال أبو يوسف : إن جلبه من نصف ميل ، فإنه ليس بحكرة ، وإن اشتراه من رستاق ، واحتكره حيث اشتراه فهو حكرة قال فعلم أن ما جلبه من مصر آخر ليس بحكرة عند أبي يوسف أيضا ، لأنه لا يثبت الحكرة فيما جلبه من نصف ميل فكيف فيما جلبه من مصر آخر نص على هذا الكرخي في مختصره اهـ (قوله إن كان يجلب منه عادة) احترازا عما إذا كان البلد بعيدا لم تجر العادة بالحمل منه إلى المصر ، لأنه لم يتعلق به حق العامة كما في الهداية (قوله ملتقى(١)) قال في شرحه تبعا للشرنبلالية : وقد أخر في الهداية قول محمد بدليله اهـ أي فإن عادته تأخير دليل مايختاره (قوله ولا يسعر حاكم) أي يكره ذلك كما في الملتقى وغيره (قوله لا تسعروا) قال شيخ مشايخنا العلامة إسمعيل الجراحي في الأحاديث

---

(١) قوله (ملتقى) كذا بالأصل وليس في نسخ الشارح هذه الزيادة وعبارة الطحطاوي قوله وهو المختار ، ذكره في الملتقى الخ اهـ مصححه .

الرازق » (إلا إذا تعدى الأرباب عن القيمة تعديا فاحشاً فيسعر بمشورة أهل الرأى) وقال مالك: على الوالى التسعير عام الغلاء وفى الاختيار ثم إذا سعر وخاف البائع ضرب الإمام لو نقص لا يحل للمشترى وحيلته أن يقول له: بعنى بما تحب ولو اصطلحوا على سعر الخبز واللحم ووزن ناقصا رجع المشترى بالنقصان فى الخبز لا اللحم لشهرة سعره عادة:

قلت: وأفاد أن التسعير فى القوتين لا غير وبه صرح العتابى وغيره ، لكنه إذا تعدى أرباب غير القوتين وظلموا على العامة فيسعر عليهم الحاكم بناء على ماقال أبو يوسف: ينبغى أن يجوز ذكره القهستانى فإن أبا يوسف يعتبر حقيقة الضرر كما تقرر فتدبر:

المشهورة: قال النجم هذا اللفظ لم يرد لكن رواه أحمد والبزار وأبو يعلى فى مسانيدهم وأبو داود والترمذى وصححه وابن ماجة فى سننهم عن أنس رضى الله تعالى عنه قال قال الناس: يارسول الله غلا السعر فسعر لنا فقال: «إن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق وإنى لأرجو أن ألقى الله وليس أحد منكم يطالبنى بمظلمة فى دم ولا مال» وإسناده على شرط مسلم وصححه ابن حبان والترمذى اهـ (قوله الرازق) كذا فى أغلب النسخ وفى نسخة: الرزاق على صيغة فعال ، وهو الموافق لما قدمناه (قوله تعديا فاحشا) بينه الزيلعى وغيره بالبيع بضعف القيمة ط (قوله فيسعر الخ) أى لابأس بالتسعير حينئذ كما فى الهداية (قوله على الوالى التسعير) أى يجب عليه ذلك كما فى غاية البيان وأيضا لم يشترط التعدى الفاحش كما ذكره ابن الكمال وبه يظهر الفرق بين المذهبين (قوله لو نقص) أى لو نقص الوزن عما سعره الإمام بأن سعر الرطل بدرهم مثلا فجاء المشترى وأعطاه درهما وقال بعنى به تأمل (قوله لا يحل للمشترى) أى لا يحل له الشراء بما سعره الإمام ، لأن البائع فى معنى المكره كما ذكره الزيلعى:

أقول: وفيه تأمل لأنه مثل ما قالوا فيمن صادره السلطان بمال ، ولم يعين بيع ماله فصار يبيع أملاكه بنفسه ينفذ بيعه لأنه غير مكروه على البيع وهنا كذلك ، لأن له أن لا يبيع أصلا ، ولذا قال فى الهداية ومن باع منهم بما قدره الإمام صح ، لأنه غير مكره على البيع اهـ لأن الإمام لم يأمر بالبيع ، وإنما أمره أن لا يزيد الثمن على كذا وفرق مابينهما فليتأمل (قوله بما تحب) فحينئذ بأى شىء باعه يحل زيلعى. وظاهره أنه لو باعه بأكثر يحل وينفذ البيع ولا ينافى ذلك ما ذكره الزيلعى وغيره من أنه لو تعدى رجل وباع بأكثر أجازه القاضى ، لأن المراد أن القاضى يمضيه ولا يفسخه ، ولذا قال القهستانى: جاز وأمضاه القاضى ، خلافا لما فهمه أبو السعود من أنه لا ينفذ ما لم يجزه القاضى (قوله رجع المشترى بالنقصان فى الخبز لا اللحم) جعل الزيلعى وغيره ذلك فيما إذا كان المشترى من غير أهل البلد ، وعلله بأن سعر الخبز يظهر عادة فى البلدان وسعر اللحم لا يظهر إلا نادراً اهـ أى فلا يظهر فى حق الغريب كما فى الخانية فالبلدى يرجع فيهما ، والمراد الرجوع فى حصة النقصان من الثمن. وفى بيوع الخانية: رجل اشترى من القصاب كل يوم لحما بدرهم ، والقصاب يقطع ويزن والمشترى يظن أنه منّ ، لأن اللحم يباع فى البلد منا بدرهم ، فوزنه المشترى يوما فوجده أنقص وصدقه القصاب قالوا: إن كان المشترى من أهل البلد يرجع بحصة النقصان من الثمن لا من اللحم لأن البائع أخذ حصة النقصان من الثمن بغير عوض ، وإن لم يكن من أهل البلد ، وأنكر القصاب أنه دفع على أنه منّ لا يرجع بشىء لأن سعر البلد لا يظهر فى حق الغرباء اهـ: (قوله وأفاد أن التسعير فى القوتين) أى قوت البشر وقوت البهائم ، لأنه ذكر التسعير فى بحث الاحتكار تأمل (قوله وظلموا على العامة) ضمنه معنى تعدى فعداه بعلى اهـ ح (قوله فيسعر عليهم الحاكم) الأولى فسعر بلفظ الماضى عطفا على قوله تعدى لأن جواب إذا قوله ينبغى أن يجوز (قوله بناء على ما قال أبو يوسف)

(يكره إمساك الحمامات) ولو فى برجها (إن كان يضر بالناس) بنظر أو جلب والاحتياط أن يتصدق بها ثم يشتريها أو توهب له مجتبى (فإن كان يطيرها فوق السطح مطلعا على عورات المسلمين ويكسر زجاجات الناس برميه تلك الحمامات عزر ومنع أشد المنع فإن لم يمتنع بذلك ذبحها) أى الحمامات (المحتسب) وصرح فى الوهبانية بوجوب التعزير وذبح الحمامات ولم يقيده بما مر ولعله اعتمد عادتهم . وأما للاستئناس فمباح كشراء عصافير ليعتقها إن قال من أخذها فهى له ولا تخرج عن ملكه بإعتاقه ، وقيل يكره لأنه تضييع المال جامع الفتاوى .

وفى المختارات سيب دابته وقال هى لمن أخذها لم يأخذها ممن أخذها ومر فى الحج وجاز ركوب الثور وتحميله والكراب على الحمير بلاجهد وضرب إذ ظلم الدابة

أى من أن كل ما أضر بالعامة حبسه فهو احتكار ، ولو ذهبا أو فضة أو ثوبا قال ط : وفيه أن هذا فى الاحتكار لا فى التسعير اه .

قلت : نعم ولكنه يؤخذ منه قياسا أو استنباطا بطريق المفهوم ولذا قال بناء على ما قال أبو يوسف ، ولم يجعله قوله تأمله على أنه تقدم أن الإمام يرى الحجر إذ عم الضرر كما فى المفتى الماجن والمكارى المفلس والطبيب الجاهل ، وهذه قضية عامة فتدخل مسألتنا فيها لأن التسعير حجر معنى ، لأنه منع عن البيع بزيادة فاحشة ، وعليه فلا يكون مبنيا على قول أبى يوسف فقط كذا ظهر لى فتأمل (قوله والاحتياط) يعنى فيما إذا جلب حماما ولم يدر صاحبها(١) اه ح (قوله ذبحها) أى ثم يلقيها لمالكها أفاده الشرنبلالى فى شرحه (قوله وصرح فى الوهبانية) أى فى كتاب الحدود (قوله ولم يقيده بما مر) أى من الاطلاع على العورات وكسر الزجاجات قال شارحه العلامة عبد البر : ولم أر إطلاق التعزير لغيره من المتقدمين (قوله ولعله) أى صاحب الوهبانية اعتمد عادتهم أى أطلق اعتمادا على عادة الذين يطيرون الحمام (قوله وأما للاستئناس فمباح) قال فى المجتبى رامزا : لا بأس بحبس الطيور والدجاج فى بيته ، ولكن يعلفها وهو خير من إرسالها فى السكك اه وفى القنية رامزا : حبس بلبلا فى القفص وعلفها لا يجوز اه .

أقول : لكن فى فتاوى العلامة قارئ الهداية : سئل هل يجوز حبس الطيور المفردة وهل يجوز عتقها ، وهل فى ذلك ثواب ، وهل يجوز قتل الوطاويط لتلويثها حصر المسجد بخرئها الفاحش ؟ فأجاب : يجوز حبسها للاستئناس بها ، وأما إعتاقها فليس فيه ثواب ، وقتل المؤذى منها ومن الدواب جائز اه .

قلت : ولعل الكراهة فى الحبس فى القفص ، لأنه سجن وتعذيب دون غيره كما يؤخذ من مجموع ما ذكرنا وبه يحصل التوفيق فتأمل .

[تنبيه] قال الجراحى : ومن الواهى ما رواه الدارقطنى فى الأفراد والديلمى عن ابن عباس مرفوعا « اتخذوا المقاصيص فإنها تلهى الجن عن صبيانكم » وأخرج ابن أبى الدنيا عن الثورى « إن اللعب بالحمام من عمل قوم لوط » (قوله ولا تخرج عن ملكه بإعتاقه) فإذا وجدها بعده فى يد غيره لها أخذها إلا إذا كان قال من أخذها فهى له كما يفهم مما بعده (قوله لم يأخذها) ذكر فى الخلاصة أنه أعاد المسألة فى الفتاوى فى باب السير وشرط أنه قال لقوم معلومين : من شاء منكم فليأخذه اه . وفى التاترخانية : ولو قال كل ماتناول فلان من مالى فهو حلال له فتناول حل ، وفى كل من تناول من مالى فهو حلال له فتناول رجل شيئا لا يحل وقال أبو نصر : يحل ولا يضمن . قال أنت فى حل من مالى خذ منه ماشئت قال محمد هو حل من الدراهم والدنانير خاصة (قوله وجاز ركوب الثور وتحميله الخ) وقيل لا يفعل لأن كل نوع من الأنعام خلق لعمل فلا يغير أمر الله تعالى (قوله بلا جهد وضرب) أى

---

(١) (قوله ولم يدر صاحبها) أى بل شك فى أن هذا الحمام ملكه أولا ، أما إذا علم أنه ليس ملكه ولكن لا يعلم صاحبه يكون التصدق حينئذ واجبا لا احتياطا فقط اه .

أشد من الذمى وظلم الذمى أشد من المسلم (ولا بأس بالمسابقة فى الرمى والفرس) والبغل والحمار كذا فى الملتقى والمجمع وأقره المصنف هنا خلافا لما ذكره فى مسائل شتى فتنبه (والإبل و) على (الأقدام) لأنه من أسباب الجهاد فكان مندوبا وعند الثلاثة لا يجوز فى الأقدام أى بالجعل أما بدونه فيباح فى كل الملاعب كما يأتى (حل الجعل) وطاب لا أنه يصير مستحقا ذكره البرجندى وغيره وعلله البزازى بأنه لا يستحق بالشرط شىء لعدم العقد والقبض اهـ ومفاده لزومه بالعقد كما يقول الشافعية فليحرر (إن شرط المال) فى المسابقة

لا يحملها فوق طاقتها ولا يضرب وجهها ولا رأسها إجماعا ، ولا تضرب أصلا عند أبى ح وإن كانت ملكه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « تضرب الدواب على النفار ولا تضرب على العثار » لأن العثار من سوء إمساك الراكب اللجام والنفار من سوء خلق الدابة فتؤدب على ذلك كذا فى فصول العلامى (قوله أشد من الذمى) لأنه لا ناصر له إلا الله تعالى وورد « اشتد غضب الله تعالى على من ظلم من لا يجد ناصراً إلا الله تعالى » ط (قوله أشد من المسلم) لأنه يشدد الطلب على ظالمه ليكون معه فى عذابه : ولا مانع من طرح سيئات غير الكفر على ظالمه فيعذب بها بدله ذكره بعضهم ط (قوله ولا بأس بالمسابقة الخ) لقوله صلى الله عليه وسلم « لا سبق إلا فى خف أو نصل حافر » والسبق بفتح الباء ما يجعل من المال للسابق على سبقه ، وبالسكون : مصدر سبقت أى لا تجوز المسابقة بعوض إلا فى هذه الأجناس الثلاثة قال الخطابى : والرواية الصحيحة بالفتح أبو السعود عن المناوى قال الجراحى : وزيادة أو جناح موضوع باتفاق المحدثين اهـ والخف الإبل والحافر الخيل والنصل حديدة السهم والمراد به المراماة والضاد المعجمة تصحيف مغرب (قوله كذا فى الملتقى والمجمع) ومثله فى المختار والمواهب ودرر البحار (قوله خلافا لما ذكره فى مسائل شتى) أى قبيل كتاب الفرائض حيث اقتصر على الفرس والإبل والأرجل والرمى ، ومثله فى الكنز والزيلعى ، وأقره الشارح هناك حيث قال : ولا يجوز الاستباق فى غير هذه الأربعة كالبغل بالجعل وأما بلا جعل فيجوز فى كل شىء وتمامه فى الزيلعى اهـ ومثله فى الذخيرة والخانية والتاترخانية ، ونقل أبو السعود عن العلامة قاسم أنه رد ما فى المجمع بأنه لم يقل أحد بالمسابقة على الحمير ، لأن ذلك معلل بالتحريض على الجهاد ، ولم يعهد فى الإسلام الجهاد على الحمير اهـ ولم يذكر البغل مع أن الشرع لم يعتبره حيث لم يجعل له سهما من الغنيمة ، فليس فيه تحريض على الجهاد أيضا ؛ إلا أن يقال عدم السهم لا يقتضى عدم جواز المسابقة عليه ، لأن الخف لا سهم له ، وتجوز المسابقة عليه بالنص :

أقول : والحاصل أن الحافر المذكور فى الحديث عام ، فمن نظر إلى عمومه أدخل البغل الحمار ، ومن نظر إلى العلة أخرجهما لأنهما ليسا آلة جهاد تأمل (قوله فكان مندوبا) إنما يكون كذلك بالقصد ؛ أما إذا قصد التلهى أو الفخر أو لترى شجاعته فالظاهر الكراهة ، لأن الأعمال بالنيات فكما يكون المباح طاعة بالنية تصير الطاعة معصية بالنية ط (قوله أما بدونه) ظاهره أنه مرتبط بكلام الأئمة الثلاثة ، ومايأتى يفيد أن هذا لأهل المذهب ط ومثله ماقدمناه آنفا عن مسائل شتى (قوله فيباح كل الملاعب) أى التى تعلم الفروسية وتعين على الجهاد ، لأن جواز الجعل فيما مر إنما ثبت بالحديث على خلاف القياس ، فيجوز ماعداها بدون الجعل . وفى القهستانى عن الملتقط من لعب بالصولجان يريد الفروسية يجوز وعن الجواهر قد جاء الأثر فى رخصة المصارعة لتحصيل القدرة على المقاتلة دون التلهى فإنه مكروه (قوله لا أنه يصير مستحقا) حتى لو امتنع المغلوب من الدفع لا يجبره القاضى ولا يقضى عليه به زيلعى فى مسائل شتى (قوله ومفاده لزومه بالعقد) انظر ماصورته . وقد يقال معنى قوله لعدم العقد : أى لعدم إمكانه على أن جواز الجعل فيما ذكر استحسان قال الزيلعى : والقياس أن لا يجوز لما

(من جانب واحد وحرم لو شرط) فيها (من الجانبين) لأنه يصير قماراً (إلا إذا ادخلا ثالثاً) محللا (بينهما) بفرس كفء لفرسيهما يتوهم أن يسبقهما وإلا لم يجز ثم إذا سبقهما أخذ منهما وإن سبقاه لم يعطهما وفيما بينهما أيهما سبق أخذ من صاحبه (و) كذا الحكم (في المتفقهة) فإذا شرط لمن معه الصواب صح وإن شرطاه لكل على صاحبه لا درر ومجتبى :

فيه من تعليق التمليك على الخطر ، ولهذا لايجوز فيما عدا الأربعة كالبغل وإن كان الجعل مشروطا من أحد الجانبين اه فتأمل :

وبالجملة فيحتاج في المسألة إلى نقل صريح ، لأن ماذكره محتمل ورأيت في المجتبى مانصه . وفي بعض النسخ فإن سبقه حل المال وإن أبى يجبر عليه اه :

أقول : لكن هذا مخالف لما في المشاهير كالزيلعي والذخيرة والخلاصة والتاترخانية وغيرها من أنه لايصير مستحقا كما مر فتدبر (قوله من جانب واحد) أو من ثالث بأن يقول أحدهما لصاحبه إن سبقتنى أعطيتك كذا ، وإن سبقتك لاآخذ منك شيئا أو يقول الأمير لفارسين أو راميين من سبق منكما فله كذا ، وإن سبق فلا شيء له اختيار وغرر الأفكار (قوله من الجانبين) بأن يقول إن سبق فرسك فلك علي كذا ، وإن سبق فرسي فلي عليك كذا زيلعي وكذا إن قال إن سبق إبلك أو سهمك الخ تاترخانية (قوله لأنه يصير قمارا) لأن القمار من القمر الذي يزداد تارة وينقص أخرى ، وسمي القمار قمارا لأن كل واحد من المقامرين ممن يجوز أن يذهب ماله إلى صاحبه ، ويجوز أن يستفيد مال صاحبه وهو حرام بالنص ، ولا كذلك إذا شرط من جانب واحد لأن الزيادة والنقصان لاتمكن فيهما بل في أحدهما تمكن الزيادة ، وفي الآخر الانتقاص فقط فلا تكون مقامرة لأنها مفاعلة منه زيلعي (قوله يتوهم أن يسبقهما) بيان لقوله كفء لفرسيهما أي يجوز أن يسبق أو يسبق (قوله وإلا لم يجز) أي إن كان يسبق أو يسبق لامحالة لايجوز لقوله صلى الله عليه وسلم « من أدخل فرسا بين فرسين وهو لايأمن أن يسبق فلا بأس به ومن أدخل فرسا بين فرسين وهو آمن أن يسبق فهو قمار » رواه أحمد وأبو داود وغيرهما زيلعي (قوله ثم إذا سبقهما الخ) صورته أن يقال : إن سبقهما أخذ منهما ألفا إنصافا ، وإن لم يسبق لم يعطهما شيئا ، وإن سبق كل منهما الآخر فله مائة من مال الآخر فلا يعطيهما شيئا إن لم يسبقهما ويأخذ منهما الجعل إن سبقهما ويجوز أن يعكس التصوير أخذا وإعطاء وفيما بينهما أيهما سبق أخذ من صاحبه ماشرط له ، وإن سبقاه وجاءا معا فلا شيء لواحد منهما وإن سبق المحلل مع أحدهما ثم جاء الآخر فلا شيء على من مع المحلل بل له ماشرطه الآخر له كما لو سبق ، ثم جاء المحلل ثم جاء الآخر ولا شيء للمحلل اه غرر الأفكار. قال الزيلعي : وإنما جاز هذا لأن الثالث لايغرم على التقادير كلها قطعا ويقينا وإنما يحتمل أن يأخذ أو لايأخذ فخرج بذلك من أن يكون قمارا ، فصار كما إذا شرط من جانب واحد ، لأن القمار هو الذي يستوي فيه الجانبان في احتمال الغرامة على مابينا اه :

[تتمة] يشترط في الغاية أن تكون مما تحتملها الفرس ، وأن يكون في كل من الفرسين احتمال السبق زيلعي وينبغي أن يقال في السهم والأقدام كذلك تأمل : ونقل في غرر الأفكار عن المحرر إن كانت المسابقة على الإبل فاعتبار في السبق بالكتف ، وإن كان على الخيل فبالعنق وقيل الأعضاد على الأقدام اه :

[فرع] في متفرقات التاترخانية عن السراجية يكره الرمي إلى هدف نحو القبلة (قوله وكذا الحكم في المتفقهة) أي على هذا التفصيل وكذا المصارعة على هذا التفصيل وإنما جاز ، لأن فيه حثا على الجهاد وتعلم العلم ، فإن قيام الدين بالجهاد والعلم فجاز فيما يرجع إليهما لاغير كذا في فصول العلامي (قوله فإذا شرط لمن معه الصواب) أي

والمصارعة ليست ببدعة إلا للتلهى فتكره برجندى ، وأما السباق بلا جعل فيجوز فى كل شىء كما يأتى وعند الشافعية : المسابقة بالأقدام والطير والبقر والسفن والسباحة والصولجان والبندق ورمى الحجر وإشالته باليد والشباك والوقوف على رجل ومعرفة ما بيده من زوج أو فرد واللعب بالخاتم وكذا يحل كل لعب خطر لحاذق تغلب سلامته كرمى لرام وصيد لحية ويحل التفرج عليهم حينئذ وحديث « حدثوا عن بنى إسرائيل » يفيد حل

لواحد معين معه الصواب لا مايفيده عموم من وإلا كان عين مابعده اهـ ح أى بأن يقول : إن ظهر الصواب معك فلك كذا ، أو ظهر معى فلا شىء لى أو بالعكس. أما لو قالا : من ظهر معه الصواب منا فله على صاحبه كذا فلا يصح ، لأنه شرط من الجانبين وهو قمار إلا إذا أدخلا محللا بينهما كما يفهم من كلامهم، وصوّره ط بأن تكون المسألة ذات أوجه ثلاثة ، وجعلا للثالث جعلا إن ظهر معه الصواب وإن كان مع أحدهما فلا شىء عليه اهـ تأمل (قوله والمصارعة ليست ببدعة) فقد صرع عليه الصلاة والسلام جمعا منهم ابن الأسود الجمحى ، ومنهم ركانة فإنه صرعه ثلاث مرات متواليات لشرطه أنه إن صرع أسلم كما في شرح الشمائل للقارى، قال الجراحى ومصارعته عليه الصلاة والسلام لأبى جهل لاأصل لها (قوله فيجوز فى كل شىء) أى مما يعلم الفروسية ويعين على الجهاد بلا قصد التلهى كما يظهر من كلام فقهائنا مستدلين بقوله عليه الصلاة والسلام « لاتحضر الملائكة شيئا من الملاهى سوى النضال » أى الرمى والمسابقة ، والظاهر أن تسميته لهوا للمشابهة الصورية تأمل (قوله كما يأتى) أى فى مسائل شتى وقدمنا عبارته (قوله بالأقدام) متعلق بعدّ(١) أى جعلوها بالأقدام وما عطف عليه قال ط : ولا أدرى وجه ذكر هذه العبارة غير أنها أوهمت أن القواعد تقتضيها ، وليس كذلك ، بل قواعد المذهب تقتضى أن غالب هذه من اللهو المحرم كالصولجان وما بعده اهـ ملخصا .

أقول : قدمنا عن القهستانى جواز اللعب بالصولجان وهو الكرة للفروسية وفى جواز المسابقة بالطير عندنا نظر وكذا فى جواز معرفة مافى اليد واللعب بالخاتم فإنه لهو مجرد وأما المسابقة بالبقر والسفن والسباحة فظاهر كلامهم الجواز ورمى البندق والحجر كالرمى بالسهم ، وأما إشالة الحجر باليد ومابعده ، فالظاهر أنه إن قصد به التمرن والتقوّى على الشجاعة لابأس به (قوله والبندق) أى المتخذ من الطين ط ومثله المتخذ من الرصاص (قوله وإشالته باليد) ليعلم الأقوى منهما ط (قوله والشباك) أى المشابكة بالأصابع مع فتل كل يد صاحبه ليعلم الأقوى كذا ظهر لى (قوله ومعرفة مابيده من زوج أو فرد واللعب بالخاتم) سمعت من بعض فقهاء الشافعية أن جواز ذلك عندهم إذا كان مبنيا على قواعد حسابية مما ذكره علماء الحساب فى طريق استخراج ذلك بخصوصه لابمجرد الحزر والتخمين .

أقول : والظاهر جواز ذلك حينئذ عندنا أيضا إن قصد به التمرن على معرفة الحساب ، وأما الشطرنج فإنه وإن أفاد علم الفروسية لكن حرمته عندنا بالحديث ، لكثرة غوائله بإكباب صاحبه عليه ، فلا يبقى نفعه بضرره كما نصوا عليه بخلاف ماذكرنا تأمل (قوله وحديث حدثوا عن بنى إسرائيل) تمامه « ولا حرج » أخرجه أبو داود وفى لفظ لأحمد بن منيع عن جابر « حدثوا عن بنى إسرائيل فإنه كان فيهم أعاجيب » وأخرج النسائى بإسناد صحيح عن أبى سعيد الخدرى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « حدثوا عن بنى إسرائيل ولا حرج وحدثوا عنى ولا تكذبوا على » ، فقد فرق عليه الصلاة والسلام بين الحديث عنه والحديث عنهم ، كما نقله البيهقى عن الشافعى

---

(١) قوله (متعلق بعد) الذى فى نسخ الشارح التى بأيدينا : وعند الشافعية فلعل النسخة التى وقعت للمحشى وعد الشافعية فليحرر اهـ مصححه .

سماع الأعاجيب والغرائب من كل ما لايتيقن كذبه بقصد الفرجة لا الحجة بل وما يتيقن كذبه لكن بقصد ضرب الأمثال والمواعظ وتعليم نحو الشجاعة على ألسنة آدميين أو حيوانات ذكره ابن حجر (ويستحب قلم أظافيره) إلا لمجاهد فى دار الحرب فيستحب توفير شاربه وأظفاره (يوم الجمعة) وكونه بعد الصلاة أفضل إلا إذا أخره إليه تأخيراً فاحشاً فيكره لأن من كان ظفره طويلا كان رزقه ضيقا وفى الحديث « من قلم أظافيره يوم الجمعة أعاذه الله من البلايا إلى الجمعة الأخرى وزيادة ثلاثة أيام » درر وعنه عليه الصلاة والسلام « من قلم أظفاره

(قوله بقصد الفرجة لا الحجة) الفرجة مثلثة التفصى عن الهم والحجة بالضم البرهان قاموس (قوله لكن بقصد ضرب الأمثال الخ) وذلك كمقامات الحريرى ، فإن الظاهر أن الحكايات التى فيها عن الحرث بن همام والسروجى لا أصل لها ، وإنما أتى بها على هذا السياق العجيب لما لايخفى على من يطالعها ، وهل يدخل فى ذلك مثل قصة عنترة والملك الظاهر وغيرهما ، لكن هذا الذى ذكره إنما هو عن أصول الشافعية ، وأما عندنا فسيأتى فى الفروع عن المجتبى أن القصص المكروه أن يحدث الناس بما ليس له أصل معروف من أحاديث الأولين أو يزيد أو ينقص ليزين به قصصه الخ فهل يقال عندنا بجوازه إذا قصد به ضرب الأمثال ونحوها يحرر (قوله على ألسنة آدميين أو حيوانات) أى أو جمادات كقولهم قال الحائط للوتد لم تخرقنى قال سل من يدقنى (قوله ذكره ابن حجر) أى المكى فى شرحه على المنهاج (قوله ويستحب قلم أظافيره) وقلمها بالأسنان مكروه يورث البرص ، فإذا قلم أظفاره أوجز شعره ينبغى أن يدفنه فإن رمى به فلا بأس وإن ألقاه فى الكنيف أو فى المغتسل كره لأنه يورث داء خالية ويدفن أربعة الظفر والشعر وخرقة الحيض والدم عتابية ط (قوله فيستحب توفير شاربه وأظفاره) الأنسب فى التعبير : فيوفر أظفاره ، وكذا شاربه : وفى المنح ذكر أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه كتب إلينا : وفروا الأظافير فى أرض العدو فإنها سلاح لأنه إذا سقط السلاح من يده وقرب العدو منه ربما يتمكن من دفعه بأظافيره وهو نظير قص الشارب ، فإنه سنة وتوفيره فى دار الحرب للغازى مندوب ، ليكون أهيب فى عين العدو اه ملخصا ط (قوله وكونه بعد الصلاة أفضل) أى لتناله بركة الصلاة وهو مخالف لما نذكره قريبا فى الحديث (قوله إلا إذا أخره إليه) أى إلى يوم الجمعة بأن طال جدا وأراد تأخيره إليه فيكره (قوله وفى الحديث الخ) قال الزرقانى : أخرج البيهقى من مسند أبى جعفر الباقر قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأخذ من أظفاره وشاربه يوم الجمعة وله شاهد موصول عن أبى هريرة لكن سنده ضعيف قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقص شاربه ويقلم أظفاره يوم الجمعة قبل أن يروح إلى الصلاة » أخرجه البيهقى وقال عقبه قال أحمد : فى هذا الإسناد من يجهل قال السيوطى : وبالجملة فأرجحها أى الأقوال دليلا ونقلا يوم الجمعة والأخبار الواردة فيه ليست بواهية جدا مع أن الضعيف يعمل به فى فضائل الأعمال اه مدنى وقال الجراحى : وروى الديلمى بسند واه عن أبى هريرة رفعه « من قلم أظفاره يوم السبت خرج منه الداء ودخل فيه الشفاء ومن قلمها يوم الأحد خرج منه الفاقة ودخل فيه الغنى ومن قلمها يوم الاثنين خرج منه الجنون ودخلت فيه الصحة ومن قلمها يوم الثلاثاء خرج منه المرض ودخل فيه الشفاء ومن قلمها يوم الأربعاء خرج منه الوسواس والخوف ودخل فيه الأمن والشفاء ومن قلمها يوم الخميس خرج منه الجذام ودخلت فيه العافية ومن قلمها يوم الجمعة دخلت فيه الرحمة وخرجت منه الذنوب » (قوله وعنه عليه الصلاة والسلام الخ) لم يثبت حديثا بل وقع فى كلام غير واحد كالشيخ عبد القادر قدس الله سره فى غنيته وكابن قدامة فى مغنيه وقال السخاوى : لم أجده لكن كان الحافظ الدمياطى ينقل ذلك عن بعض مشايخه

مخالفا لم ترمد عينه أبداً » يعني كقول على رضى الله عنه :

قلموا أظفاركم بسنة وأدب يمينها خوابس يسارها أوخسب

وبياله وتمامه فى مفتاح السعادة . وفى شرح الغزاوية روى « أنه صلى الله عليه وسلم بدأ بمسبحته اليمنى إلى الخنصر ثم بخنصر اليسرى إلى الإبهام وختم بإبهام اليمنى » وذكر له الغزالى فى الإحياء وجهاوجيها ولم يثبت فى أصابع الرجل نقل ، والأولى تقليمها كتخليلها .

قلت : وفى المواهب اللدنية قال الحافظ ابن حجر : إنه يستحب كيفما احتاج إليه ولم يثبت فى كيفيته شيء ولا فى تعيين يوم له عن النبى صلى الله عليه وسلم وما يعزى من النظم فى ذلك للإمام على ثم لابن حجر قال شيخنا إنه باطل (و) يستحب (حلق عانته وتنظيف بدله بالاغتسال فى كل أسبوع مرة) والأفضل يوم الجمعة وجاز

ونص أحمد على استحبابه اه جراحى ونقل بعضهم أن من المجرب أن من قص كذلك لم يصبه رمد (قوله يعنى الخ) تفسير لقوله مخالفا (قوله قلموا أظفاركم بالسنة والأدب) كذا فى بعض النسخ وهو غير موزون وفى بعضها بسنة وأدب منكرا فيكون من مجزو بحر الرجز بكسر الباء الموحدة فى آخر البيتين ويكون قد دخل البيت الأول الخرم بنقص حرف من أوله قاله خ وهو مما لا يجوز فيه(١) (قوله يمينها خوابس الخ) رمز لكل أصبع بحرف : قال السخاوى وكذب القائل :

ابدأ بيمناك وبالخنصر فى قص أظفارك واستبصر
وثن بالوسطى وثلث كما قد قيل بالإبهام والبنصر
ولتختم الكف بسبابة فى اليد والرجل ولا تمتر
وفى اليد اليسرى بإبهامها والإصبع الوسطى وبالخنصر
وبعد سبابتها بنصر فإنها خاتمة الأيسر
فذاك أمن خذبه يا فتى من رمد العين فلا تزدر
هذا حديث قد روى مسندا عن الإمام المرتضى حيدر اه

(قوله والأولى تقليمها كتخليلها) يعنى يبدأ بخنصر رجله اليمين ويختم بخنصر اليسرى . قال فى الهداية عن الغرائب : وينبغى الابتداء باليد اليمنى والانتهاء بها فيبدأ بسبابتها ويختم بإبهامها ، وفى الرجل بخنصر اليمنى ويختم بخنصر اليسرى اه ونقله القهستانى عن المسعودية (قوله قلت الخ) وكذا قال السيوطى : قد أنكر الإمام ابن دقيق العيد جميع هذه الأبيات وقال لا تعتبر هيئة مخصوصة ، وهذا لا أصل له فى الشريعة ، ولا يجوز اعتقاد استحبابه لأن الاستحباب حكم شرعى لابد له من دليل وليس استسهال ذلك بصواب اه (قوله وما يعزى من النظم) وهو قوله :

فى قص ظفرك يوم السبت آكلة تبدو وفيما يليه تذهب البركه
وعالم فاضل يبدأ بتلوهما وإن يكن فى الثلاثا فاحذر الهلكه
ويورث السوء فى الأخلاق رابعها وفى الخميس الغنى يأتى لمن سلكه
والعلم والرزق زيدا فى عروبتها عن النبى روينا فاقتفوا نسكه اه

(قوله ويستحب حلق عانته) قال فى الهندية ويبتدئ من تحت السرة ولوعالج بالنورة يجوز كذا فى الغرائب وفى الأشباه والسنة فى عانة المرأة النتف (قوله وتنظيف بدله) بنحو إزالة الشعر من إبطيه ويجوز فيه الحلق

---

(١) قوله (مما لا يجوز فيه) أى ولا يسمى خرما لاختصاصه بأول الوتد المجموع اه مصححه .

فى كل خمسة عشرة وكره تركه وراء الأربعين مجتبى وفيه حلق الشارب بدعة وقيل سنة ولا بأس بنتف الشيب ، وأخذ أطراف اللحية والسنة فيها القبضة. وفيه: قطعت شعر رأسها أثمت ولعنت زاد فى البزازية وإن بإذن الزوج لأنه لاطاعة لمخلوق فى معصية الخالق ، ولذا يحرم على الرجل قطع لحيته ، والمعنى المؤثر التشبه بالرجال اهـ .

قلت : وأما حلق رأسه ففى الوهبانية وقد قيل :

حلق الرأس فى كل جمعة يحب وبعض بالجواز يعبر

(رجل تعلم علم الصلاة أو نحوه ليعلم الناس وآخر ليعمل به فالأول أفضل) لأنه متعد وروى « مذاكرة العلم

والنتف أولى : وفى المجتبى عن بعضهم وكلاهما حسن ، ولا يحلق شعر حلقه ، وعن أبى يوسف لا بأس به ط ، وفى المضمرات : ولا بأس بأخذ الحاجبين وشعر وجهه ما لم يشبه المخنث تاترخانية (قوله وكره تركه) أى تحريما لقول المجتبى ولا عذر فيما وراء الأربعين ويستحق الوعيد اهـ وفى أبى السعود عن شرح المشارق لابن ملك روى مسلم عن أنس بن مالك « وقت لنا فى تقليم الأظفار وقص الشارب ونتف الإبط أن لا نترك أكثر من أربعين ليلة » وهو من المقدرات التى ليس للرأى فيها مدخل فيكون كالمرفوع اهـ (قوله وقيل سنة) مشى عليه فى الملتقى وعبارة المجتبى بعد ما رمز للطحاوى حلقه سنة ونسبه إلى أبى حنيفة وصاحبيه والقص منه حتى يوازى الحرف الأعلى من الشفة العليا سنة بالإجماع اهـ (قوله ولا بأس بنتف الشيب) قيده فى البزازية بأن لا يكون على وجه التزين .

[تنبيه] نتف الفنيكين بدعة وهما جانبا العنفقة : وهى شعر الشفة السفلى كذا فى الغرائب ولا ينتف أنفه لأن ذلك يورث الأكلة وفى حلق شعر الصدر والظهر ترك الأدب كذا فى القنية اهـ ط (قوله والسنة فيها القبضة) وهو أن يقبض الرجل لحيته فما زاد منها على قبضة قطعه كذا ذكره محمد فى كتاب الآثار عن الإمام ، قال وبه أخذ محيط اهـ ط .

[فائدة] روى الطبرانى عن ابن عباس رفعه « من سعادة المرء خفة لحيته» واشتهر أن طول اللحية دليل على خفة العقل وأنشد بعضهم :

ما أحد طالت له لحية فزادت اللحية فى هيئته

إلا وما ينقص من عقله أكثر مما زاد فى لحيته

[لطيفة] نقل عن هشام بن الكلبى قال: حفظت ما لم يحفظه أحد ونسيت ما لم ينسه أحد حفظت القرآن فى ثلاثة أيام وأردت أن أقطع من لحيتى مازاد على القبضة فنسيت فقطعت من أعلاها (قوله لاطاعة لمخلوق الخ) رواه أحمد والحاكم عن عمران بن حصين اهـ جراحى (قوله والمعنى المؤثر) أى العلة المؤثرة فى إثمها التشبه بالرجال فإنه لا يجوز كالتشبه بالنساء حتى قال فى المجتبى رامزا : يكره غزل الرجل على هيئة غزل النساء (قوله وأما حلق رأسه الخ) وفى الروضة للزندويستى أن السنة فى شعر الرأس إما الفرق أو الحلق . وذكر الطحاوى : أن الحلق سنة ، ونسب ذلك إلى العلماء الثلاثة ، وفى الذخيرة : ولا بأس أن يحلق وسط رأسه ويرسل شعره من غير أن يفتله وإن فتله فذلك مكروه ، لأنه يصير مشبها ببعض الكفرة والمجوس فى ديارنا يرسلون الشعر من غير فتل ، ولكن لا يحلقون وسط الرأس بل يجزون الناصية تاترخانية قال ط : ويكره القزع وهو أن يحلق البعض ويترك البعض قطعا مقدار ثلاثة أصابع كذا فى الغرائب ، وفيها : كان بعض السلف يترك سباليه وهما أطراف الشوارب (قوله وروى الخ) وروى البيهقى عن ابن عمر « ما عبد الله بشىء أفضل من فقه فى دين » .

وفى البزازية : طلب العلم والفقه إذا صحت النية أفضل من جميع أعمال البر وكذا الاشتغال بزيادة العلم إذا صحت النية ، لأنه أعم نفعا ، لكن بشرط أن لا يدخل النقصان فى فرائضه ، وصحة النية أن يقصد بها وجه الله

ساعة خير من إحياء ليلة » وله الخروج لطلب العلم الشرعي بلا إذن والديه لو ملتحيا وتمامه في الدرر (وإذا كان الرجل يصوم ويصلي ويضر الناس بيده ولسانه فذكره بما فيه ليس بغيبة حتى لو أخبر السلطان بذلك ليزجره لا إثم عليه) وقالوا إن علم أن أباه يقدر على منعه أعلمه ولو بكتابة وإلا لا كي لا تقع العداوة وتمامه في الدرر (وكذا) لا إثم عليه (لو ذكر مساوى أخيه على وجه الاهتمام لايكون غيبة إنما الغيبة أن يذكر على وجه الغضب يريد السب) ولو اغتاب أهل قرية فليس بغيبة لأنه لايريد به كلهم بل بعضهم وهو مجهول خانية فتباح غيبة مجهول

تعالى لا طلب المال والجاه ولو أراد الخروج من الجهل ومنفعة الخلق وإحياء العلم فقيل تصح نيته أيضا ، تعلم بعض القرآن ووجد فراغا فالأفضل الاشتغال بالفقه ، لأن حفظ القرآن فرض كفاية ، وتعلم ما لابد منه من الفقه فرض عين قال في الخزانة وجميع الفقه لا بد منه قال في المناقب : عمل محمد بن الحسن مائتي ألف مسألة في الحلال والحرام لابد للناس من حفظها وانظر ما قدمناه في مقدمة الكتاب (قوله وله الخروج الخ) أي إن لم يخف على والديه الضيعة إن كانا موسرين ، ولم تكن نفقتهما عليه .

وفي الخانية : ولو أراد الخروج إلى الحج وكره ذلك قالوا إن استغنى الأب عن خدمته فلا بأس، وإلا فلا يسعه الخروج ، فإن احتاجا إلى النفقة ولا يقدر أن يخلف لهما نفقة كاملة أو أمكنه إلا أن الغالب على الطريق الخوف فلا يخرج ، ولو الغالب السلامة يخرج . وفي بعض الروايات لا يخرج إلى الجهاد إلا بإذنهما ولو أذن أحدهما فقط لا ينبغي له الخروج ، لأن مراعاة حقهما فرض عين والجهاد فرض كفاية ، فإن لم يكن له أبوان وله جدان وجدتان فأذن له أبو الأب وأم الأم دون الآخرين لا بأس بالخروج لقيامهما مقام الأبوين ، ولو أذن الأبوان لايلتفت إلى غيرهما هذا في سفر الجهاد ، فلو في سفر تجارة أو حج لا بأس به بلا إذن الأبوين إن استغنيا عن خدمته إذ ليس فيه إبطال حقهما إلا إذا كان الطريق مخوفا كالبحر فلا تخرج إلا بإذنهما وإن استغنيا عن خدمته ولو خرج المتعلم وضيع عياله يراعي حق العيال اهـ (قوله لو ملتحيا) أفاد أن المراد بالأمرد في كلام الدرر الآتي خلاف الملتحي إذ لو كان معذورا يخشى عليه الفتنة فإن بعض الفسقة يقدمه على الأمرد (قوله وتمامه في الدرر) قال فيها وإن كان أمرد فلأبيه أن يمنعه ومرادهم بالعلم العلم الشرعي ، ومايتفع به فيه دون علم الكلام وأمثاله لما روى عن الإمام الشافعي رحمه الله أنه قال لأن يلقى الله عبد بأكبر الكبائر خير من أن يلقاه بعلم الكلام فإذا كان حال الكلام المتداول بينهم في زمانهم هكذا ، فما ظنك بالكلام المخلوط بهذيان الفلاسفة المغمور بين أباطيلهم المزخرفة اهـ (قوله فذكره بما فيه ليس بغيبة) أي ليحذره الناس ولا يغتروا بصومه وصلاته فقد أخرج الطبراني والبيهقي والترمذي « أترعوون في الغيبة عن ذكر الفاجر اذكروه بما فيه يحذره الناس » (قوله ولو بكتابة) أي إلى الأب ومثله السلطان، وله أن يعتمد عليها حيث كان الكاتب معروفا بالعدالة كما في كفاية النهر بحثا. وفيه للقاضي تعزير المتهم وإن لم يثبت عليه ، فما يكتب من المحاضر في حق إنسان يعمل به في حقوق الله تعالى اهـ ومر في التعزير (قوله وتمامه في الدرر) أي عن الخانية ونص عبارة الخانية وكذلك فيما بين الزوجين وبين السلطان والرعية والحشم إنما يجب الأمر بالمعروف إذا علم أنهم يمتنعون (قوله لا إثم عليه) الأولى حذفه أو زيادة واو العطف قبل قوله : لايكون غيبة ليرتبط المتن مع الشرح (قوله لايكون غيبة) لأنه لو بلغه لايكرهه لأنه مهتم اهـ متحزن ومتحسر عليه ، لكن بشرط أن يكون صادقا في اهتمامه وإلا كان مغتابا منافقا مرائيا مزكيا لنفسه ، لأنه شتم أخاه المسلم وأظهر خلاف ما أخفى وأشعر الناس أنه يكره هذا الأمر لنفسه وغيره ، وأنه من أهل الصلاح حيث لم يأت بصريح الغيبة ، وإنما أتى بها في معرض الاهتمام فقد جمع أنواعا من القبائح نسأل الله تعالى العصمة (قوله فليس بغيبة) قال في المختار ولا غيبة إلا لمعلومين (قوله لأنه لا يريد به كلهم) مفهومه أنه لو أراد ذلك كان غيبة تأمل (قوله فتباح غيبة مجهول الخ) اعلم أن الغيبة حرام بنص الكتاب العزيز وشبه المغتاب بآكل لحم أخيه

ومتظاهر بقبيح ولمصاهرة ولسوء اعتقاد تحذيرا منه ، ولشكوى ظلامته للحاكم شرح وهبانية (وكما تكون الغيبة باللسان) صريحا (تكون) أيضا

ميتا إذ هو أقبح من الأجنبي ومن الحي ، فكما يحرم لحمه يحرم عرضه قال صلى الله عليه وسلم « كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه » رواه مسلم وغيره ، فلا تحل إلا عند الضرورة بقدرها كهذه المواضع .

وفي تنبيه الغافلين للفقيه أبي الليث: الغيبة على أربعة أوجه : في وجه هي كفر بأن قيل له لا تغتب فيقول : ليس هذا غيبة ، لأني صادق فيه فقد استحل ما حرم بالأدلة القطعية ، وهو كفر وفي وجه : هي نفاق بأن يغتاب من لا يسميه عند من يعرفه ، فهو مغتاب ، ويرى من نفسه أنه متورع ، فهذا هو النفاق ، وفي وجه : هي معصية وهو أن يغتاب معينا ويعلم أنها معصية فعليه التوبة وفي وجه : هي مباح وهو أن يغتاب معلنا بفسقه أو صاحب بدعة وإن اغتاب الفاسق ليحذره الناس يثاب عليه لأنه من النهي عن المنكر اهـ .

أقول : والإباحة لا تنافي الوجوب في بعض المواضع الآتية (قوله ومتظاهر بقبيح) وهو الذي لا يستتر عنه ولا يؤثر عنده إذا قيل عنه إنه يفعل كذا اهـ ابن الشحنة قال في تبيين المحارم : فيجوز ذكره بما يجاهر به لا غيره قال صلى الله عليه وسلم « من ألقى جلباب الحياء عن وجهه فلا غيبة له » وأما إذا كان مستترا فلا تجوز غيبته اهـ .

قلت : وما اشتهر بين العوام من أنه لا غيبة لتارك الصلاة إن أريد به ذكره بذلك وكان متجاهرا فهو صحيح وإلا فلا (قوله ولمصاهرة) الأولى التعبير بالمشورة : أي في نكاح وسفر وشركة ومجاورة وإيداع أمانة ونحوها فله أن يذكر ما يعرفه على قصد النصح (قوله ولسوء اعتقاد تحذيرا منه) أي بأن كان صاحب بدعة يخفيها ويلقيها لمن ظفر به أما لو تجاهر بها فهو داخل في المتجاهر تأمل . والأولى التعبير بالتحذير ، ليشمل التحذير من سوء الاعتقاد ولما مر متنا ممن يصلي ويصوم ويضر الناس (قوله ولشكوى ظلامته للحاكم) فيقول ظلمني فلان بكذا لينصفه منه .

[تتمة] يزاد على هذه الخمسة ستة أخرى مر منها في المتن ثنتان ، الأولى: الإستعانة بمن له قدرة على زجره ، الثانية : ذكره على وجه الاهتمام ، الثالثة : الاستفتاء قال في تبيين المحارم : بأن يقول للمفتي ظلمني فلان كذا وكذا وما طريق الخلاص ، والأسلم أن يقول ما قولك في رجل ظلمه أبوه أو ابنه أو أحد من الناس كذا وكذا ولكن التصريح مباح بهذا القدر اهـ لأن المفتي قد يدرك مع تعيينه ما لا يدرك مع إبهامه كما قاله ابن حجر ، وقد جاء في الحديث المتفق عليه أن هند امرأة أبي سفيان رضي الله تعالى عنها قالت للنبي صلى الله عليه وسلم : إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني ، وولدي إلا ما أخذت منه ، وهو لا يعلم قال « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » الرابعة : بيان العيب لمن أراد أن يشتري عبدا ، وهو سارق أو زان فيذكره للمشتري ، وكذا لو رأى المشتري يعطي البائع دراهم مغشوشة فيقول : احترز منه بكذا ، الخامسة : قصد التعريف كأن يكون معروفا بلقبه كالأعرج والأعمش والأحول ، السادسة : جرح المجروحين من الرواة والشهود والمصنفين فهو جائز بل واجب صونا للشريعة فالمجموع إحدى عشرة جمعتها بقولي :

بما يكره الإنسان يحرم ذكره ... سوى عشرة حلت أتت تلو واحد
تظلم وشر واجرح وبين مجاهرا ... بفسق ومجهولا وغشا لقاصد
وعرف كذا استفت استعن عند زاجر ... كذاك اهتمم حذر فجور معاند

بالفعل وبالتعريض وبالكتابة وبالحركة وبالرمز و (بغمز العين والإشارة باليد) وكل مايفهم منه المقصود فهو داخل فى الغيبة وهو حرام؛ ومن ذلك ماقالت عائشة رضى الله عنها «دخلت علينا امرأة فلما ولت أو مأت بيدى أى قصيرة فقال عليه الصلاة والسلام اغتبتيها » ومن ذلك المحاكاة كان يمشى متعارجا أو كما يمشى فهو غيبة بل أقبح لأنه أعظم فى التصوير والتفهيم ومن الغيبة أن يقول : بعض من مر بنا اليوم أو بعض من رأيناه إذا كان المخاطب يفهم شخصا معينا لأن المحذور تفهيمه دون ما به التفهيم ، وأما إذا لم يفهم عينه جاز وتمامه فى شرح الوهبانية ، وفيها : الغيبة أن تصف أخاك حال كونه غائبا بوصف يكرهه إذا سمعه . عن أبى هريرة رضى الله عنه قال قال عليه الصلاة والسلام « أتدرون ما الغيبة ؟ قالوا الله ورسوله أعلم قال : ذكرك أخاك بما يكره قيل : أفرأيت إن كان فى أخى ما أقول ؟ قال : إن كان فيه ماتقول اغتبته ، وإن لم يكن فيه فقد بهته » وإذا لم تبلغه يكفيه الندم وإلا شرط بيان كل ما اغتابه به ؛

(قوله بالفعل) كالحركة والرمز والغمز ونحوه مما يأتى (قوله وبالتعريض) كقوله عند ذكر شخص الحمد لله الذى عافانا من كذا وهذا مقابل لقوله صريحا (قوله وبالكتابة) لأن القلم أحد اللسانين وعبر فى الشرعة بالكناية بالنون والمثناة التحتية (قوله وبالحركة) كأن يذكر إنسان عنده بخير فيحرك رأسه مثلا إشارة إلى أنكم لاتدرون ما انطوى عليه من السوء تأمل (قوله وبالرمز) قال فى القاموس الرمز ويضم ويحرك الإشارة أو الإيماء بالشفتين أو العينين أو الحاجبين أو الفم أو اللسان أو اليد (قوله أى قصيرة) تفسير لأومأت ط (قوله اغتبتيها) بياء الإشباع ط (قوله الغيبة أن تصف أخاك) أى المسلم ولو ميتا وكذا الذمى لأن له مالنا وعليه ما علينا ، وقدم المصنف فى فصل المستأمن أنه بعد مكثه عندنا سنة ، ووضع الجزية عليه كف الأذى عنه وتحرم غيبته كالمسلم ، وظاهره أنه لا غيبة للحربى (قوله حال كونه غائبا) هذا القيد مأخوذ من مفهومها اللغوى ولم يذكر فى الحديث الآتى ، والظاهر أنه لو ذكر فى وجهه ، فهو سب وشتم ، وهو حرام أيضا بالأولى ، لأنه أبلغ فى الإيذاء من حال الغيبة سيما قبل بلوغها المغتاب وهو أحد تفسيرين لقوله تعالى — ولا تلمزوا أنفسكم — فقيل هو ذكر ما فى الرجل من العيب فى غيبته وقيل فى وجهه (قوله عن أبى هريرة الخ) رواه مسلم فى صحيحه وجماعة (قوله بما يكره) سواء كان نقصا فى بدنه أو نسبه أو خلقه أو فعله أو قوله أو دينه حتى فى ثوبه أو داره أو دابته كما فى تبيين المحارم قال ط : وانظر ما لو ذكر من الصغير غير العاقل ما يكره لو كان عاقلا ولم يكن له من يتأذى بذلك من الأقارب اهـ وجزم ابن حجر بحرمة غيبة الصبى والمجنون (قوله فقد بهته) أى قلت فيه بهتانا أى كذبا عظيما والبهتان : هو الباطل الذى يتحير من بطلانه وشدة ذكره كذا فى شرح الشرعة ، وفيه أن المستمع لا يخرج من إثم الغيبة إلا بأن ينكر بلسانه ، فإن خاف فبقلبه وإن كان قادرا على القيام أو قطع الكلام بكلام آخر فلم يفعله لزمه كذا فى الإحياء اهـ . وقد ورد « بأن المستمع أحد المغتابين » وورد « من ذب عن عرض أخيه بالغيبة كان حقا على الله تعالى أن يعتقه من النار » رواه أحمد بإسناد حسن وجماعة (قوله وإذا لم تبلغه الخ) ليس هذا من الحديث بل كلام مستأنف . قال بعض العلماء : إذا تاب المغتاب قبل وصولها تنفعه توبته بلا استحلال من صاحبه فإن بلغت إليه بعد توبته قيل لا تبطل توبته ، بل يغفر الله تعالى لهما جميعا للأول بالتوبة وللثانى لما لحقه من المشقة ، وقيل بل توبته معلقة فإن مات الثانى قبل بلوغها إليه فتوبته صحيحة ، وإن بلغته فلا بل لابد من الاستحلال والاستغفار ، ولو قال بهتانا فلابد أيضا أن يرجع إلى من تكلم عندهم ويكذب نفسه وتمامه فى تبيين المحارم (قوله وإلا شرط بيان كل ما اغتابه به) أى مع الاستغفار والتوبة والمراد أن يبين له ذلك ويعتذر إليه ليسمح عنه بأن

(وصلة الرحم واجبة ولو) كانت (بسلام وتحية وهدية) ومعاونة ومجالسة ومكالمة وتلطف وإحسان ويزورهم غبا ليزيد حبا بل يزور أقرباءه كل جمعة أو شهر ولا يرد حاجتهم لأنه من القطيعة فى الحديث « إن الله يصل من وصل رحمه ويقطع من قطعها » وفى الحديث « صلة الرحم تزيد فى العمر »

يبالغ فى الثناء عليه والتودد إليه ويلازم ذلك حتى يطيب قلبه ، وإن لم يطب قلبه كان اعتذاره وتودده حسنة يقابل بها سيئة الغيبة فى الآخرة وعليه أن يخلص فى الاعتذار ، وإلا فهو ذنب آخر ويحتمل أن يبقى لخصمه عليه مطالبة فى الآخرة ، لأنه لو علم أنه غير مخلص لما رضى به . قاله الإمام الغزالى وغيره وقال أيضا : فإن غاب أو مات فقد فات أمره ، ولا يدرك إلا بكثرة الحسنات لتؤخذ عوضا فى القيامة ، ويجب أن يفصل له إلا أن يكون التفصيل مضرا له كذكره عيوبا يخفيها فإنه يستحل منها مبهما اه .

وقال منلا على القارى فى شرح المشكاة : وهل يكفيه أن يقول اغتبتك فاجعلنى فى حل أم لابد أن يبين ما اغتاب قال بعض علمائنا فى الغيبة إلا بعلمه بها ، بل يستغفر الله له إن علم أن إعلامه يثير فتنة ، ويدل عليه أن الإبراء عن الحقوق المجهولة جائز عندنا ، والمستحب لصاحب الغيبة أن يبرئه عنها وفى القنية تصافح الخصمين لأجل العذر استحلال قال فى النوى . ورأيت فى فتاوى الطحاوى أنه يكفى الندم والاستغفار فى الغيبة ، وإن بلغت المغتاب ولا اعتبار بتحليل الورثة (قوله وصلة الرحم واجبة) نقل القرطبى فى تفسيره اتفاق الأمة على وجوب صلتها وحرمة قطعها للأدلة القطعية من الكتاب والسنة على ذلك قال فى تبيين المحارم : واختلفوا فى الرحم التى يجب صلتها قال قوم : هى قرابة كل ذى رحم محرم وقال آخرون : كل قريب محرما كان أو غيره اه والثانى ظاهر إطلاق المتن قال النووى فى شرح مسلم : وهو الصواب واستدل عليه بالأحاديث . نعم تتفاوت درجاتها ففى الوالدين أشد من المحارم ، وفيهم أشد من بقية الأرحام وفى الأحاديث إشارة إلى ذلك كما بينه فى تبيين المحارم (قوله ولو كانت بسلام الخ) قال فى تبيين المحارم : وإن كان غائبا يصلهم بالمكتوب إليهم ، فإن قدر على المسير إليهم كان أفضل وإن كان له والدان لا يكفى المكتوب إن أرادا مجيئه وكذا إن احتاجا إلى خدمته والأخ الكبير كالأب بعده وكذا الجد وإن علا والأخت الكبيرة والخالة كالأم فى الصلة ، وقيل العم مثل الأب وماعدا هؤلاء تكفى صلتهم بالمكتوب أو الهدية اه وتمامه فيه .

ثم اعلم أنه ليس المراد بصلة الرحم أن تصلهم إذا وصلوك لأن هذا مكافأة بل أن تصلهم وإن قطعوك فقد روى البخارى وغيره «ليس الواصل بالمكافئ ولكن الواصل الذى إذا قطعت رحمه وصلها» (قوله ويزورهم غبا) الغب بالكسر عاقبة الشيء وفى الزيارة أن تكون فى كل أسبوع ، ومن الحمى ما تأخذه يوما وتدع يوما قاموس لكن فى شرح الشرعة هو أن تزور يوما وتدع يوما ولما كان فيه نوع عسر عدل إلى ما هو أسهل من الغب فقال بل يزور أقرباءه فى كل جمعة أو شهر على ما ورد فى بعض الروايات اه (قوله تزيد فى العمر) وكذا فى الرزق فقد أخرج الشيخان « من أحب أن يبسط له فى رزقه وينسأ » بضم أوله وتشديد ثالثه المهمل وبالهمز أى يؤخر له فى أثره أى أجله « فليصل رحمه » .

قال الفقيه أبو الليث فى تنبيه الغافلين : اختلفوا فى زيادة العمر فقيل على ظاهره ، وقيل لا لقوله تعالى - فإذا جاء أجلهم - الآية بل المعنى يكتب ثوابه بعد موته وقيل إن الأشياء قد تكتب فى اللوح المحفوظ معلقة كإن وصل فلان رحمه فعمره كذا وإلا فكذا ولعل الدعاء والصدقة وصلة الرحم من جملتها فلا يخالف الحديث الآية اه زاد فى شرح الشرعة عن شرح المشارق أو يقال المراد البركة فى رزقه وبقاء ذكره الجميل بعده ، وهو كالحياة أو يقال

وتمامه فى الدرر (ويسلم) المسلم (على أهل الذمة) لو له حاجة إليه وإلا كره هو الصحيح كما كره للمسلم مصافحة الذمى كذا فى نسخ الشارح وأكثر المتون بلفظ ويسلم فأولتها هكذا ولكن بعض نسخ المتن. ولا يسلم وهو الأحسن الأسلم فافهم

وفى شرح البخارى للعينى فى حديث « أى الإسلام خير ؟ قال : تطعم الطعام وتقرأ السلام على من عرفت ومن لم تعرف » قال وهذا التعميم مخصوص بالمسلمين ، فلا يسلم ابتداء على كافر لحديث « لا تبدءوا اليهود ولا النصارى بالسلام فإذا لقيتم أحدهم فى طريق فاضطروه إلى أضيقه » رواه البخارى وكذا يخص منه الفاسق بدليل آخر ، وأما من شك فيه فالأصل فيه البقاء على العموم حتى يثبت الخصوص ، ويمكن أن يقال إن الحديث المذكور كان فى ابتداء الإسلام لمصلحة التأليف ثم ورد النهى اهـ فليحفظ .

ولو سلم يهودى أو نصرانى أو مجوسى على مسلم فلا بأس بالرد

صدر الحديث فى معرض الحث على صلة الرحم بطريق المبالغة ، يعنى لو كان شىء يبسط به الرزق والأجل لكان صلة الرحم اهـ والظاهر الثالث لما فى التذنيب عن الضحاك بن مزاحم فى تفسير قوله تعالى — يمحو الله مايشاء ويثبت — قال إن الرجل ليصل رحمه ، وقد بقى من عمره ثلاثة أيام فيزيد الله تعالى فى عمره إلى ثلاثين سنة ، وإن الرجل يقطع الرحم ؛ وقد بقى من عمره ثلاثون سنة فيرد أجله إلى ثلاثة أيام (قوله وتمامه فى الدرر) قال فيها وتكون كل قبيلة وعشيرة يداً واحدة فى التناصر والتظاهر على كل من سواهم فى إظهار الحق اهـ وتمامه أيضا فى الشرعة وتبيين المحارم (قوله ويسلم المسلم على أهل الذمة الخ) أنظر هل يجوز أن يأتى بلفظ الجمع ، لو كان الذمى واحدا ، والظاهر أنه يأتى بلفظ المفرد أخذا مما يأتى فى الرد تأمل . لكن فى الشرعة إذا سلم على أهل الذمة فليقل : السلام على من اتبع الهدى وكذلك يكتب فى الكتاب إليهم اهـ وفى التاترخانية قال محمد : إذا كتبت إلى يهودى أو نصرانى فى حاجة فاكتب السلام على من اتبع الهدى اهـ (قوله لو له حاجة إليه) أى إلى الذمى المفهوم من المقام قال فى التاترخانية : لأن النهى عن السلام لتوقيره ولا توقير إذا كان السلام لحاجة (قوله هو الصحيح) مقابله أنه لا بأس به بلا تفصيل وهو ماذكره فى الخانية عن بعض المشايخ (قوله كما كره للمسلم مصافحة الذمى) أى بلا حاجة لما فى القنية لا بأس بمصافحة المسلم جاره النصرانى إذا رجع بعد الغيبة ويتأذى بترك المصافحة اهـ تأمل وهل يشمته إذا عطس وحمد؟ قال الحموى : الظاهر لا اهـ لكن سيأتى أنه يقول له يهديك الله (قوله وأكثر المتون) بالجر عطفا على الشرح : أى ونسخ أكثر المتون أى المتون المجردة عن الشرح وجمعها باعتبار أشخاصها وإلا فالمراد متن التنوير لا غير (قوله بلفظ ويسلم) وهو كذلك بخط المصنف متنا وشرحا رملى (قوله فأولتها هكذا) أى بالتقييد بالحاجة ليكون المتن ماشيا على الصحيح (قوله وهو الأحسن) لأن الحكم الأصلى المنع والجواز لحاجة عارض وقوله الأسلم لعل وجهه أنه إذا لم يسلم مطلقا لا يقع فى محذور بخلاف ما إذا سلم مطلقا تأمل (قوله أى الإسلام خير) أى خصال الإسلام ط (قوله تطعم) بتأويل أن تطعم ويأتى فيه الأوجه التى ذكرها النحويون فى تسمع بالمعيدى خير من أن تراه (قوله وتقرأ) من القرآن لا من الاقراء ط (قوله لحديث لا تبدءوا اليهود ولا النصارى بالسلام) يوجد فى كثير من النسخ زيادة : « فإذا لقيتم أحدهم فى طريق فاضطروه إلى أضيقه » رواه البخارى (قوله وكذا يخص منه الفاسق) أى لو معلنا وإلا فلا يكره كما سيذكره (قوله وأما من شك فيه) أى هل هو مسلم أو غيره وأما الشك بين كونه فاسقا أو صالحا فلا اعتبار له بل يظن بالمسلمين خيرا ط (قوله على العموم) أى المأخوذ من قوله صلى الله تعالى عليه وسلم « سلم على من عرفت ومن لم تعرف » ط (قوله إن الحديث) أى الأول المفيد عمومه شمول الذمى (قوله لمصلحة التأليف) أى تأليف قلوب الناس واستمالتهم باللسان والإحسان إلى الدخول فى الإسلام (قوله ثم ورد النهى) أى فى الحديث الثانى لما أعز الله الإسلام (قوله فلا بأس بالرد) المتبادر منه أن الأولى

(و) لكن (لايزيد على قوله وعليك) كما فى الخانية (ولو سلم على الذمى تبجيلا يكفر) لأن تبجيل الكافر كفر ولو قال لمجوسى يا أستاذ تبجيلا كفر كما فى الأشباه وفيها : لو قال لذمى أطال الله بقاءك إن نوى بقلبه لعله يسلم أو يؤدى الجزية ذليلا فلا بأس به (ولايجب رد سلام السائل) لأنه ليس للتحية ولا من يسلم وقت الخطبة خانية . وفيها وإذا أتى دار إنسان يجب أن يستأذن قبل السلام ، ثم إذا دخل يسلم أولا ثم يتكلم ، ولو فى فضاء يسلم أولا ثم يتكلم ولو قال : السلام عليك يا زيد لم يسقط برد غيره ، ولو قال يافلان أو أشار لمعين سقط وشرط فى الرد وجواب العطاس إسماعه فلو أصم يريه تحريك شفتيه اه :

عدمه ط لكن فى التاترخانية ، وإذا سلم أهل الذمة ينبغى أن يرد عليهم الجواب وبه نأخذ (قوله ولكن لايزيد على قوله وعليك) لأنه قد يقول : السلام عليكم أى الموت كما قال بعض اليهود للنبى صلى الله عليه وسلم فقال له «وعليك» فرد دعاءه عليه وفى التاترخانية قال محمد : يقول المسلم وعليك ينوى بذلك السلام لحديث مرفوع إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : «إذا سلموا عليكم فردوا عليهم» (قوله تبجيلا) قال فى المنح قيد به لأنه لو لم يكن كذلك بل كان لغرض من الأغراض الصحيحة فلا بأس به ولا كفر (قوله إن نوى بقلبه) وأما إن لم ينو شيئا يكره كما فى المحيط وذكر البيرى أخذا من نظائرها أنه لايكره وليس بعد النص إلا الرجوع إليه والظاهر أن الذمى ليس بقيد ط (قوله وإذا أتى دار إنسان الخ) وفى فصول العلامى وإن دخل على أهله يسلم أولا ، ثم يتكلم وإن أتى دار غيره يستأذن للدخول ثلاثا يقول فى كل مرة : السلام عليكم ياأهل البيت أيدخل فلان ، ويمكث بعد كل مرة مقدار مايفرغ الآكل والمتوضىء والمصلى أربع ركعات ، فإذا أذن له دخل وإلا رجع سالما عن الحقد والعداوة ولا يجب الاستئذان على من أرسل إليه صاحب البيت ، فإذا نودى من البيت من على الباب لايقول : أنا فإنه ليس بجواب بل يقول : أيدخل فلان فإن قيل لارجع سالما ، وإذا دخل بالإذن يسلم أولا ثم يتكلم إن شاء وإن دخل بيتا ليس فيه أحد يقول السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين ، فإن الملائكة ترد عليه السلام ، فإن لقيه خارج الدار يسلم أولا ، ثم يتكلم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « السلام قبل الكلام » فإن تكلم قبل السلام فلا يجيبه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من تكلم قبل السلام فلا تجيبوه » ويسلم على القوم حين يدخل عليهم وحين يفارقهم فمن فعل ذلك شاركهم فى كل خير عملوه بعده ، وإن لقيهم وفارقهم فى اليوم مرارا وحالت بينهم وبينه شجرة أو جدار جدد السلام ؛ لأن ذلك يوجب الرحمة ، وينوى بالسلام تجديد عهد الإسلام أن لاينال المؤمن بأذاه فى عرضه وماله فإذا سلم على المؤمن حرم عليه تناول عرضه وماله ، وإن دخل مسجدا وبعض القوم فى الصلاة وبعضهم لم يكونوا فيها يسلم وإن لم يسلم لم يكن تاركا للسنة اه (قوله ولو قال يافلان) أى بهذا اللفظ ولكن نص عبارة الخانية : رجل كان جالسا فى قوم فسلم عليه رجل فقال : السلام عليك يافلان فرد عليه السلام بعض القوم سقط السلام عمن سلم عليه قيل : إن سمى رجلا فقال : السلام عليك يازيد ، فرد عليه عمرو لايسقط رد السلام عن زيد ، وإن لم يسم وقال : السلام عليك ، وأشار إلى رجل فرد غيره سقط السلام عن المشار إليه اه وجزم فى الخلاصة وغيرها بهذا التفصيل (قوله سقط) لأن قصده التسليم على الكل ، ويجوز أن يشار للجماعة بخطاب الواحد هندية ، وفى تبيين المحارم ولو سلم على جماعة ورد غيرهم لم يسقط الرد عنهم اه ط (قوله وشرط فى الرد الخ) أى كما لايجب الرد إلا بإسماعه تاترخانية (قوله فلو أصم يريه تحريك شفتيه) قال فى شرح الشرعة : واعلم أنهم قالوا إن السلام سنة واستماعه مستحب ، وجوابه أى رده فرض كفاية ، وإسماع رده واجب بحيث لو لم يسمعه لايسقط هذا الفرض عن السامع حتى قيل لو كان المسلم أصم يجب على الراد أن يحرك شفتيه ويريه بحيث لو لم يكن

قلت : وفى المبتغى ويسقط عن الباقين برد صبي يعقل لأنه من أهل إقامة الفرض فى الجملة بدليل حل ذبيحته وقيل لا. وفي المجتبى : ويسقط برد العجوز وفى رد الشابة والصبى والمجنون قولان وظاهر التاجية ترجيح عدم السقوط ويسلم على الواحد بلفظ الجماعة وكذا الرد ولايزيد الراد على وبركاته ورد السلام وتشميت العاطس على

أصم لسمعه اه (قوله بدليل حل ذبيحته) أى مع أن التسمية فيها فرض ، وقد أجزأت منه واختلف فى التسليم على الصبيان فقيل لايسلم وقيل : التسليم أفضل قال الفقيه وبه نأخذ تاترخانية . وأما السلام على المرأة وتشميتها فقد مر الكلام عليه فى فصل النظر والمس (قوله بلفظ الجماعة) لأن مع كل واحد حافظين كراما كاتبين فكل واحد كأنه ثلاثة تاترخانية (قوله ولا يزيد الراد على وبركاته) قال فى التاترخانية : والأفضل للمسلم أن يقول : السلام عليكم ورحمة الله وبركاته والمجيب كذلك يرد ، ولا ينبغى أن يزاد على البركات شىء اه ويأتى بواو العطف فى وعليكم ، وإن حذفها أجزأه وإن قال المبتدىء : سلام عليكم أو السلام عليكم ، فللمجيب أن يقول فى الصورتين سلام عليكم أو السلام عليكم ولكن الألف واللام أولى اه (قوله ورد السلام وتشميت العاطس على الفور) ظاهره أنه إذا أخره لغير عذر كره تحريما ولا يرتفع الإثم بالرد بل بالتوبة ط وفى تبيين المحارم تشميت العاطس فرض على الكفاية عند الأكثرين وعند الشافعى سنة وعند بعض الظاهرية فرض عين قال النبى صلى الله عليه وسلم « إن الله يحب العطاس ويكره التثاؤب فإذا عطس فحمد الله فحق على كل مسلم سمعه أن يشمته » رواه البخارى التشميت بالشين المعجمة أو بالسين المهملة هو الدعاء بالخير والبركة ، وإنما يستحق العاطس التشميت إذا حمد الله تعالى ، وأما إذا لم يحمد لايستحق الدعاء ، لأن العطاس نعمة من الله تعالى ، فمن لم يحمد بعد عطاسه لم يشكر لنعمة الله تعالى وكفران النعمة لايستحق الدعاء والمأمور به بعد العطاس أن يقول : الحمد لله أو يقول الحمد لله رب العالمين ، وقيل الحمد لله على كل حال .

واختلفوا فيماذا يقول المشمت فقيل يقول يرحمك الله وقيل : الحمد لله تعالى ويقول للمشمت : يهديك الله ، وإن كان العاطس كافرا فحمد الله تعالى يقول المشمت يهديك الله ، وإذا تكرر العطاس قالوا يشمته ثلاثا ثم يسكت قال قاضيخان : فإن عطس أكثر من ثلاث يحمد الله تعالى فى كل مرة ، ومن كان بحضرته يشمته فى كل مرة فحسن أيضا اه وينبغى أن يقول العاطس للمشمت : غفر الله لى ولكم أو يقول : يهديكم الله ويصلح بالكم ولا يقول غير ذلك . وينبغى للعاطس أن يرفع صوته بالتحميد ، حتى يسمع من عنده فيشمته ، ولو شمته بعض الحاضرين أجزأ عنهم ، والأفضل أن يقول كل واحد منهم لظاهر الحديث ، وقيل : إذا عطس رجل ولم يسمع منه تحميد يقول من حضره يرحمك الله إن كنت حمدت الله ، وإذا عطس من وراء الجدار ، فحمد الله تعالى يجب على كل من سمعه التشميت اه .

وفى فصول العلامى وندب للسامع أن يسبق العاطس بالحمد لله لحديث « من سبق العاطس بالحمد لله أمن من الشوص واللوص والعلوص » اه وهو بفتح أول الأولين وكسر أول الثالث المهملة وفتح لامه المشددة ، وسكون الواو وآخر الجميع صاد مهملة . وفى الأوسط للطبرانى عن علىّ رفعه « من عطس عنده فسبق بالحمد لم يشتك خاصرته » وأخرج ابن عساكر « من سبق العاطس بالحمد وقاه الله وجع الخاصرة ولم ير فى فيه مكروها حتى يخرج من الدنيا » ونظم بعضهم الحديث الأول فقال :

من يبتدى عاطسا بالحمد يأمن من ... شوص ولوص وعلوص كذا وردا
عنيت بالشوص داء الرأس ثم بما ... يليه ذا البطن والضرس اتبع رشدا

الفور ويجب رد جواب كتاب التحية كرد السلام. ولوقال لآخر: اقرأ فلانا السلام يجب عليه ذلك، ويكره السلام على الفاسق لو معلنا وإلا لا كما يكره على عاجز عن الرد حقيقة كآكل أوشرعا كمصل وقارئ ولوسلم لايستحق الجواب اه وقدمنا في باب مايفسد الصلاة كراهته في نيف وعشرين موضعا وأنه لايجب رد سلام عليكم بجزم الميم

وفي المغرب الشوص: وجع الضرس، واللوص: وجع الأذن، والعلوص اللوى وهي التخمة اه قال في الشرعة: وينكس رأسه عند العطاس، ويخمر وجهه ويخفض من صوته فإن التصرخ بالعطاس حمق وفي الحديث «العطسة عندالحديث شاهد عدل» ولا يقول العاطس أب أو أشهب فإنه اسم للشيطان اه (قوله ويجب رد جواب كتاب التحية) لأن الكتاب من الغائب بمنزلة الخطاب من الحاضر مجتبى والناس عنه غافلون ط.

أقول: المتبادر من هذا أن المراد رد سلام الكتاب لارد الكتاب، لكن في الجامع الصغير للسيوطي رد جواب الكتاب حق كرد السلام قال شارحه المناوي: أي إذا كتب لك رجل بالسلام في كتاب ووصل إليك وجب عليك الرد باللفظ أو بالمراسلة وبه صرح جمع شافعية؛ وهومذهب ابن عباس وقال النووي: ولو أتاه شخص بسلام من شخص أي في ورقة وجب الرد فورا؛ ويستحب أن يرد على المبلغ كما أخرجه النسائي، ويتأكد رد الكتاب فإن تركه ربما أورث الضغائن ولهذا أنشد:

إذا كتب الخليـل إلى الخليل فحق واجب رد الجـواب
إذا الإخـوان فاتهم التلاقي فما صـلة بأحسن من كتاب

(قوله يجب عليه ذلك) لأنه من إيصال الأمانة لمستحقها، والظاهر أن هذا إذا رضي بتحملها تأمل، ثم رأيت في شرح المناوي عن ابن حجر التحقيق أن الرسول إن التزمه أشبه الأمانة وإلا فوديعة اه أي فلا يجب عليه الذهاب لتبليغه كما في الوديعة قال الشرنبلالي: وهكذا عليه تبليغ السلام إلى حضرة النبي صلى الله عليه وسلم عن الذي أمره به؛ وقال أيضا: ويستحب أن يرد على المبلغ أيضا فيقول: وعليك وعليه السلام اه ومثله في شرح تحفة الأقران للمصنف، وزاد وعن ابن عباس يجب اه لكن قال في التاترخانية ذكر محمد حديثا يدل على أن من بلغ إنسانا سلاما عن غائب كان عليه أن يرد الجواب على المبلغ أولا ثم على ذلك الغائب اه وظاهره الوجوب تأمل (قوله لو معلنا) تخصيص لما قدمه عن العيني؛ وفي فصول العلامي: ولا يسلم على الشيخ المازح الكذاب واللاغي؛ ولا على من يسب الناس أو ينظر وجوه الأجنبيات، ولا على الفاسق المعلن، ولا على من يغني أو يطير الحمام مالم تعرف توبتهم ويسلم على قوم في معصية وعلى من يلعب بالشطرنج ناويا أن يشغلهم عما هم فيه عند أبي حنيفة وكره عندهما تحقيرا لهم (قولهم كآكل) ظاهره أن ذلك مخصوص بحال وضع اللقمة في الفم والمضغ وأما قبل وبعد فلا يكره لعدم العجز وبه صرح الشافعية، وفي وجيز الكردري مر على قوم يأكلون إن كان محتاجا وعرف أنهم يدعونه سلم وإلا فلا اه وهذا يقضي بكراهة السلام على الآكل مطلقا إلا فيما ذكره ط (قوله ولو سلم لايستحق الجواب) أقول: في البزازية: وإن سلم في حال التلاوة فالمختار أنه يجب الرد بخلاف حال الخطبة والأذان وتكرار الفقه اه وإن سلم فهو آثم تاترخانية: وفيها والصحيح أنه لايرد في هذه المواضع اه.

فقد اختلف التصحيح في القارئ وعند أبي يوسف يرد بعد الفراغ أو عند تمام الآية وفي الاختيار، وإذا جلس القاضي ناحية من المسجد للحكم لايسلم على الخصوم، ولا يسلمون عليه؛ لأنه جلس للحكم والسلام تحية الزائرين. فينبغي أن يشتغل بما جلس لأجله، وإن سلموا لا يجب عليه الرد وعلى هذا من جلس يفقه تلامذته ويقرئهم القرآن فدخل عليه داخل فسلم وسعه أن لايرد لأنه إنما جلس للتعليم لا لرد السلام اه (قوله بجزم الميم) الأولى بسكون الميم قال ط: وكأن عدم الوجوب لمخالفته السنة التي جاءت بالتركيب العربي ومثله فيما يظهر الجمع

ولو دخل ولم ير أحداً يقول السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين :

بين أل والتنوين اه وظاهر تقييده بجزم الميم أنه لو نون المجرد من أل كما هو تحية الملائكة لأهل الجنة يجب الرد فيكون له صيغتان ، وهو ظاهر ما قدمناه سابقا عن التاترخانية ، ثم رأيت فى الظهيرية ولفظ السلام فى المواضع كلها : السلام عليكم أو سلام عليكم بالتنوين ، وبدون هذين كما يقول الجهال ، لا يكون سلاما قال الشرنبلالى فى رسالته فى المصافحة : ولا يبتدئ بقوله عليك السلام ، ولا بعليكم السلام لما فى سنن أبى داود والترمذى وغيرهما بالأسانيد الصحيحة عن جابر بن سليم رضى الله تعالى عنه قال : أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت عليك السلام يا رسول الله قال « لا تقل عليك السلام فإن عليك السلام تحية الموتى » قال الترمذى حديث حسن صحيح ، ويؤخذ منه أنه لا يجب الرد على المبتدئ بهذه الصيغة ، فإنه ما ذكر فيه أنه عليه الصلاة والسلام رد السلام عليه بل نهاه ، وهو أحد احتمالات ثلاثة ذكرها النووى ، فيترجح كونه ليس سلاما ، وإلا لرد عليه ثم علمه كما رد على المسيء صلاته ثم علمه ، ولو زاد واوا فابتدأ بقوله : وعليكم السلام لا يستحق جوابا لأن هذه الصيغة لا تصلح للابتداء فلم يكن سلاما قاله المتولى من أئمة الشافعية اه :

قلت : وفى التاترخانية عن الفقيه أبى جعفر : أن بعض أصحاب أبى يوسف كان إذا مر بالسوق يقول : سلام الله عليكم فقيل له فى ذلك فقال : التسليم تحية وإجابتها فرض ، فإذا لم يجيبونى وجب الأمر بالمعروف ، فأما سلام الله عليكم فدعاء فلا يلزمهم ، ولا يلزمنى شيء فاختاره لهذا اه :

قلت : فهذا مع ما مر يفيد اختصاص وجوب الرد بما إذا ابتدأ بلفظ السلام عليكم أو سلام عليكم وقدمنا أن للمجيب أن يقول فى الصورتين سلام عليكم ، أو السلام عليكم ، ومفاده أن ما صلح للابتداء صلح للجواب ولكن علمت ما هو الأفضل فيهما :

[تتمة] قال فى التاترخانية ويسلم الذى يأتيك من خلفك ويسلم الماشى على القاعد والراكب على الماشى ، والصغير على الكبير ، وإذا التقيا فأفضلهما يسبقهما ، فإن سلما معا رد كل واحد وقال الحسن : يبتدئ الأقل بالأكثر اه وفيها : السلام سنة ، ويفترض على الراكب المار بالراجل فى طريق عام أو فى المفازة للأمان اه : وفى البزازية : ويسلم الآتى من المصر على من يستقبله من القرى ، وقيل يسلم القروى على المصرى اه : وفى تبيين المحارم قال النووى : هذا الأدب هو فيما إذا التقيا فى طريق ، أما إذا ورد على قعود فإن الوارد يبدأ بالسلام بكل حال ، سواء كان صغيرا أو كبيرا أو قليلا أو كثيرا كذا فى الطبرانى اه قال ط : والقواعد توافقه واختلفوا فى أيهما أفضل أجرا قيل الراد وقيل المسلم محيط وإن سلم ثانيا فى مجلس واحد لا يجب رد الثانى تاترخانية وفيها عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا أتيتم المجلس فسلموا على القوم وإذا رجعتم فسلموا عليهم فإن التسليم عندالرجوع أفضل من التسليم الأول » (قوله وعلى عبادالله الصالحين) فيكون مسلما على الملائكة الذين معه ، وصالحى الجن الحاضرين وغيرهم وقالوا إن الجن مكلفون بما كلفنا به ومقتضاه أنه يجب عليهم الرد ولا يخرجون عنه إلا بالإسماع ، ولم أر حكمه وقد يقال إنهم أمروا بالاستتار عن أعين الإنس لعدم الإنس والمجانسة ورده ظاهرا من قبيل الإعلان فتدبر ط :

أقول : لا نسلم أن هذه الصيغة مما يجب على سامعها الرد إذ لا خطاب فيها ، وليست من الصيغتين السابقتين وإلا لوجب الرد أيضا على من سمعها من الإنس ، ويحتاج إلى نقل صريح والظاهر عدمه ، فلا يجب على الجن بالأولى ، بل هى لمجرد الدعاء كما هى فى التشهد وكما فى الصيغة التى اختارها بعض أصحاب أبى يوسف كما مر تأمل

[فرع] يكره إعطاء سائل المسجد إلا إذا لم يتخط رقاب الناس فى المختار كما فى الاختيار ومتن مواهب الرحمن لأن عليا تصدق بخاتمه فى الصلاة فمدحه الله بقوله - ويؤتون الزكاة وهم راكعون - .

(أحب الأسماء إلى الله تعالى عبد الله وعبد الرحمن) وجاز التسمية بعلى ورشيد من الأسماء المشتركة ويراد فى حقنا غير ما يراد فى حق الله تعالى لكن التسمية بغير ذلك فى زماننا أولى لأن العوام يصغرونها عند النداء كذا فى السراجية وفيها (ومن كان اسمه محمدا لابأس بأن يكنى أبا القاسم) لأن قوله عليه الصلاة والسلام « سموا باسمى ولا تكنوا بكنيتى » قد نسخ لأن عليا رضى الله عنه كنى ابنه محمد ابن الحنفية أبا القاسم

(قوله إلا إذا لم يتخط) أى ولم يمر بين يدى المصلين قال فى الاختيار : فإن كان يمر بين يدى المصلين ، ويتخطى رقاب الناس يكره لأنه إعانة على أذى الناس ، حتى قيل : هذا فلس لايكفره سبعون فلسا اه وقال ط فالكراهة للتخطى الذى يلزمه غالبا الإيذاء وإذا كانت هناك فرجة يمر منها لا تخطى فلاكراهة كما يؤخذ من مفهومه (قوله فى الصلاة) أى وهى كانت فى المسجد فتم الدليل أو أنه إذا كان ذلك جائزا فى الصلاة وهى أفضل الأعمال ، فلأن تجوز فى المسجد وهو دونها أولى ط (قوله أحب الأسماء الخ) هذا لفظ حديث رواه مسلم وأبو داود والترمذى وغيرهم عن ابن عمر مرفوعا . قال المناوى وعبد الله : أفضل مطلقا حتى من عبد الرحمن ، وأفضلها بعدهما محمد ، ثم أحمد ثم إبراهيم اه وقال أيضا فى موضع آخر : ويلحق بهذين الاسمين أى عبد الله وعبد الرحمن ماكان مثلهما كعبد الرحيم وعبد الملك ، وتفضيل التسمية بهما محمول على من أراد التسمى بالعبودية ، لأنهم كانوا يسمون عبد شمس وعبد الدار ، فلا ينافى أن اسم محمد وأحمد أحب إلى الله تعالى من جميع الأسماء ، فإنه لم يختر لنبيه إلا ما هو أحب إليه هذا هو الصواب ولا يجوز حمله على الإطلاق اه وورد « من ولد له مولود فسماه محمدا كان هو ومولوده فى الجنة » رواه ابن عساكر عن أمامة رفعه قال السيوطى : هذا أمثل حديث ورد فى هذا الباب وإسناده حسن اه وقال السخاوى : وأما قولهم خير الأسماء ما عبد وما حمد فما علمته (قوله وجاز التسمية بعلى الخ) الذى فى التاترخانية عن السراجية التسمية باسم يوجد فى كتاب الله تعالى كالعلى والكبير والرشيد والبديع جائزة الخ ، ومثله فى المنح عنها وظاهره الجواز ولو معرفا بأل (قوله لكن التسمية الخ) قال أبو الليث : لا أحب للعجم أن يسموا عبد الرحمن وعبد الرحيم ؛ لأنهم لايعرفون تفسيره ، ويسمونه بالتصغير تاترخانية وهذا مشتهر فى زماننا ، حيث ينادون من اسمه عبد الرحيم وعبد الكريم أو عبد العزيز مثلا فيقولون : رحيم وكريم وعزيز بتشديد ياء التصغير ومن اسمه عبد القادر قويدر وهذا مع قصده كفر . فى المنية : من ألحق أداة التصغير فى آخر اسم عبد العزيز أو نحوه مما أضيف إلى واحد من الأسماء الحسنى إن قال ذلك عمدا كفر وإن لم يدر ما يقول ولا قصد له لم يحكم بكفره ومن سمع منه ذلك يحق عليه أن يعلمه اه ، وبعضهم يقول : رحمون لمن اسمه عبد الرحمن ، وبعضهم كالتركمان يقول حمور وحسو لمن اسمه محمد وحسن ، وانظر هل يقال الأولى لهم ترك التسمية بالأخيرين لذلك (قوله ولا تكنوا) بفتح النون المشددة ماضى تكنى ، وهو على حذف إحدى التاءين أى لأن اليهود كانوا ينادون يا أبا القاسم ، فإذا التفت صلى الله عليه وسلم قالوا لا نعنيك ط لكن قوله ماضى تكنى صوابه مضارع تكنى كما لا يخفى (قوله قد نسخ) لعل وجهه زوال علة النهى السابقة بوفاته عليه الصلاة والسلام تأمل .

[تتمة] التسمية باسم لم يذكره الله تعالى فى عبادة ولا ذكره رسوله صلى الله عليه وسلم ولايستعمله المسلمون تكلموا فيه ، والأولى أن لايفعل. وروى: إذا ولد لأحدكم ولد فمات فلا يدفنه حتى يسميه إن كان ذكرا باسم

(ويكره أن يدعو الرجل أباه وأن تدعو المرأة زوجها باسمه) اه بلفظه :

(و) فيها يكره (الكلام فى المسجد وخلف الجنازة وفى الخلاء وفى حالة الجماع) وزاد أبو الليث : فى البستان وعند قراءة القرآن ، وزاد فى الملتقى تبعا للمختار : وعند التذكير

الذكر وإن كان أنثى فباسم أنثى وإن لم يعرف فباسم يصلح لهما: ولوكنى ابنه الصغير بأبى بكر وغيره كرهه بعضهم وعامتهم لايكره لأن الناس يريدون به التفاؤل تتارخانية. وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يغير الاسم القبيح إلى الحسن جاءه رجل يسمى أصرم فسماه زرعة وجاءه آخر اسمه المضطجع فسماه المنبعث ، وكان لعمر رضى الله عنه بنت تسمى عاصية فسماها جميلة ، ولا يسمى الغلام يسارا ولا رباحا ولا نجاحا ولا بأفلح ولا بركة فليس من المرضى أن يقول الإنسان عندك بركة فتقول لا ، وكذا سائر الأسماء ، ولا يسميه حكيما ، ولا أبا الحكم ولا أبا عيسى ولا عبد فلان ولا يسميه بما فيه تزكية نحو الرشيد والأمين فصول العلامى: أى لأن الحكم من أسمائه تعالى فلا يليق إضافة الأب إليه أو إلى عيسى :

أقول : ويؤخذ من قوله ولا عبد فلان منع التسمية بعبد النبى ونقل المناوى عن الدميرى أنه قيل بالجواز بقصد التشريف بالنسبة ، والأكثر على المنع خشية اعتقاد حقيقة العبودية كما لا يجوز عبد الدار اه ومن قوله ولا بما فيه تزكية المنع عن نحو محيى الدين وشمس الدين مع ما فيه من الكذب وألف بعض المالكية فى المنع منه مؤلفا وصرح به القرطبى فى شرح الأسماء الحسنى وأنشد بعضهم فقال :

أرى الدين يستحى من الله أن يرى ... وهذا له فخر وذاك نصير
فقد كثرت فى الدين ألقاب عصبة ... هم فى مراعى المنكرات حمير
وإنى أجل الدين عن عزه بهم ... وأعلم أن الذنب فيه كبير

ونقل عن الإمام النووى أنه كان يكره من يلقبه بمحيى الدين ، ويقول لا أجعل من دعانى به فى حل ومال إلى ذلك العارف بالله تعالى الشيخ سنان فى كتابه تبيين المحارم ، وأقام الطامة الكبرى على المتسمين بمثل ذلك ، وأنه من التزكية المنهى عنها فى القرآن : ومن الكذب قال ونظيره ما يقال للمدرسين بالتركى أفندى وسلطانم ونحوه ثم قال فإن قيل : هذه مجازات صارت كالأعلام ، فخرجت عن التزكية . فالجواب : أن هذا يرده ما يشاهد من أنه إذا نودى باسمه العلم وجد على من ناداه به فعلم أن التزكية باقية ، وقد كان الكبار من الصحابة وغيرهم ينادون بأعلامهم ولم ينقل كراهتهم لذلك ، ولو كان فيه ترك تعظيم للعلم وأهله لنهوا عنه من ناداهم بها اه ملخصا . وقد أطال بما ينبغى مراجعته (قوله ويكره أن يدعو الخ) بل لا بد من لفظ يفيد التعظيم كيا سيدى ونحوه لمزيد حقهما على الولد والزوجة ، وليس هذا من التزكية ، لأنها راجعة إلى المدعو بأن يصف نفسه بما يفيدها لا إلى الداعى المطلوب منه التأدب مع من هو فوقه (قوله وفيها) أى فى السراجية (قوله يكره الكلام فى المسجد) ورد « أنه يأكل الحسنات كما تأكل النار الحطب » وحمله فى الظهيرية وغيرها على ما إذا جلس لأجله وقد سبق فى باب الاعتكاف وهذا كله فى المباح لا فى غيره فإنه أعظم وزرا (قوله وخلف الجنازة) أى مع رفع الصوت ، وقدمنا الكلام عليه قبيل المسابقة (قوله وفى الخلاء) لأنه يورث المقت من الله تعالى ط (قوله وفى حالة الجماع) لأن حاله مبنى على الستر ، وكان يأمر صلى الله عليه وسلم فيه بالأدب ط. وذكر فى الشرعة : أن من السنة أن لا يكثر الكلام فى حالة الوطء فإن منه خرس الولد (قوله وعند التذكير) أى مع رفع الصوت قال فى التتارخانية : وليس المراد رفع الواعظ صوته عند الوعظ ، وإنما المراد رفع بعض القوم صوته بالتهليل ،

فما ظنك به عند الغناء الذى يسمونه وجدا .

(للعربية فضل على سائر الألسن وهو لسان أهل الجنة من تعلمها أو علمها غيره فهو مأجور) وفى الحديث « أحبوا العرب لثلاث لأنى عربى والقرآن عربى ولسان أهل الجنة فى الجنة عربى » .

وفيها (تطيين القبور لايكره فى المختار) وقيل يكره . وقال البزدوى : لو احتيج للكتابة كيلا يذهب الأثر ولا يمتهن لابأس به ذكره المصنف فى آخر باب الوصية للأقارب وقدمناه فى الجنائز (يكره تمنى الموت) لغضب أو ضيق عيش (إلا لخوف الوقوع فى معصية) أى فيكره لخوف الدنيا لا الدين لحديث « فبطن الأرض خير لكم من ظهرها » خلاصة (ولابأس بلبس الصبى اللؤلؤ وكذا البالغ) كذا فى شرح الوهبانية معزيا للمنية وقاس عليه الطرسوسى بقية الأحجار كياقوت وزمرد ونازعه ابن وهبان بأنه يحتاج إلى نقل صريح ، وجزم فى الجوهرة بحرمة اللؤلؤ .

والصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم عند ذكره (قوله فما ظنك به) أى برفع الصوت عند الغناء ، والمراد رفع الصوت به ، وقدمنا الكلام على ذلك كله (قوله أحبوا العرب) كذا فى كثير من النسخ مسندا إلى واو الجماعة ، وهو الموافق لما فى الجامع الصغير وغيره . وفى بعض النسخ : أحب بلا واو مسند للمتكلم ، أو أمر للمفرد ، من أحب قال الجراحى : وسنده فيه ضعف ، وقد ورد فى حب العرب أحاديث كثيرة يصير الحديث بمجموعها حسنا ، وقد أفردها بالتأليف جماعة منهم الحافظ العراقى ومنهم صديقنا الكامل السيد مصطفى البكرى ، فإنه ألف فيه رسالة نحو العشرين كراسة اه والمراد الحث على حب العرب من حيث كونهم عربا ، وقد يعرض لهم ما يقتضى زيادة الحب بما فيهم من الإيمان والفضائل وقد يعرض ما يوجب البغض بما يعرض لهم من كفر ونفاق وتمامه فى شرح المناوى الكبير (قوله ولسان أهل الجنة) الذى فى الجامع الصغير وكلام أهل الجنة (قوله أى فيكره) بيان لحاصل كلام المصنف ، وعبارة الخلاصة : رجل تمنى الموت لضيق عيشه أو غضب من عدوه يكره لقوله عليه الصلاة والسلام « لايتمنى أحدكم الموت لضر نزل به » وإن كان لتغير زمانه وظهور المعاصى فيه مخافة الوقوع فيها لا بأس به لما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام فى مثل هذه الصورة قال « فبطن الأرض خير لكم من ظهرها » اه .

أقول : والحديث الأول فى صحيح مسلم « لا يتمنين أحدكم الموت لضر نزل به فإن كان لابد متمنيا فليقل : اللهم أحينى ماكانت الحياة خيرا لى وتوفنى إذا كانت الوفاة خيرا لى » (قوله ولابأس بلبس الصبى) الأولى التعبير بالإلباس مصدر المزيد وأن يقول وكذا لبس البالغ (قوله ونازعه ابن وهبان الخ) وقال أيضا فإن الأدلة تعارضت فى جواز لبسه اه لكن رده ابن الشحنة بأنه سفساف من القول لا نعلم له دليلا ، ورد فى النهى عن لبس شىء منها اه .

أقول : قد يقال إن قوله تعالى ـ وتستخرجون منه حلية تلبسونها ـ أى اللؤلؤ والمرجان يفيد الجواز وكذا قوله تعالى ـ خلق لكم ما فى الأرض جميعا ـ وأما النهى فمن حيث أن فيه تشبيها بالنساء فإنه من حليهن ، وقد أخرج أبو داود والنسائى وابن ماجه والحاكم . وقال صحيح على شرط مسلم « لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم الرجل يلبس لبسة المرأة والمرأة تلبس لبسة الرجل » لكن يدخل فى هذا اللؤلؤ أيضا بالأولى ، لأن تحليهن به أكثر من بقية الأحجار فالتفرقة غير مناسبة تأمل (قوله وجزم فى الجوهرة بحرمة اللؤلؤ) وكذا فى السراج ،

قلت : وحمل المصنف ما فى المنية على قوله : وما فى الجوهرة على قولهما قال ، وقد رجحوا قولهما . ففى الكافى قولهما أقرب إلى عرف ديارنا فيفتى به ، ثم قال المصنف ، وعليه فالمعتمد فى المذهب حرمة لبس اللؤلؤ ونحوه على الرجال لأنه من حلى النساء (ويكره) للولى إلباس (الخلخال أو السوار لصبى) ولا بأس بثقب أذن البنت والطفل استحسانا ملتقط .

قلت : وهل يجوز الخزام فى الأنف ، لم أره ويكره للذكر والأنثى الكتابة بالقلم المتخذ من الذهب أوالفضة أو من دواة كذلك سراجية . ثم قال : لابأس بتمويه السلاح بذهب وفضة ولابأس بسرج ولجام وثفر من الذهب عند أبى حنيفة خلافا لأبى يوسف (وجارية لزيد قال بكر وكلنى زيد ببيعها حل لعمرو شراؤها ووطؤها) لقبول قول بكر إن أكبر رأيه صدقه كما مر وإن أكبر رأيه كذبه لايقبل قوله ولا يشترى منه ولو لم يخبره إن ذلك الشىء لغيره فلا بأس بشرائه منه (كما حل وطء من زفت إليه وقال النساء هى امرأتك و) حل (نكاح من قالت طلقنى زوجى وانقضت عدتى أو كنت أمة لفلان وأعتقنى) إن وقع فى قلبه صدقها وتمامه فى الخانية .

وعلله بأنه من حلى النساء (قوله وحمل المصنف الخ) ذكره فى فصل اللبس أخذا من قول الزيلعى ، ثم قيل على قياس قوله لا بأس للرجال بلبس اللؤلؤ الخالص (قوله على قولهما) أى من أن لبس عقد اللؤلؤ لبس حلى ، وهو ما مشى عليه أصحاب المتون فى كتاب الإيمان ، فلو حلف لا يلبس حليا فلبس ذلك يحنث للعرف (قوله وعليه) أى كون المرجح قولهما وأقول فى اعتماد الحرمة بناء على ذلك نظر ، لأن ترجيح قولهما بكونه حليا ، لأن الأيمان مبنية على العرف ، وكون العرف يعده حليا يفيد الحنث فى حلفه لا يلبس حليا ، ولا يفيد أنه يحرم لبسه على الرجال إذ ليس كل حلى حراما على الرجال بدليل حل الخاتم والعلم والثوب المنسوج بالذهب أربعة أصابع وحلية السيف والمنطقة . نعم التعليل الآتى بأنه من حلى النساء ظاهر فى إفادة الحرمة لما فيه من التشبه بهن كما قدمناه فتأمل (قوله الخلخال) كبلبال ويسمى خلخلا ويضم قاموس (قوله للصبى) أى الذكر لأنه من زينة النساء ط (قوله والطفل) ظاهره أن المراد به الذكر مع أن ثقب الأذن لتعليق القرط ، وهو من زينة النساء ، فلا يحل للذكور ، والذى فى عامة الكتب ، وقدمناه عن التاترخانية : لابأس بثقب أذن الطفل من البنات وزاد فى الحاوى القدسى : ولا يجوز ثقب آذان البنين فالصواب إسقاط الواو (قوله لم أره) قلت : إن كان مما يتزين النساء به كما هو فى بعض البلاد فهو فيها كثقب القرط اهـ ط وقد نص الشافعية على جوازه مدنى (قوله ويكره للذكر والأنثى الخ) قدمنا عن الخانية ما هو أعم من ذلك ، وهو أن النساء فيما سوى الحلى من الأكل والشرب والأدهان من الذهب والفضة والعقود بمنزلة الرجال (قوله ثم قال الخ) تقدم الكلام عليه مستوفى قبل فصل اللبس (قوله وثفر) بالثاء المثلثة والفاء محركا وهو من السرج ما يجعل تحت ذنب الدابة اهـ مغرب وقد يسكن قاموس (قوله جارية لزيد) أى يعلم عمرو أنها لزيد أو أخبره بكر بذلك (قوله إن أكبر رأيه صدقه الخ) أكبر اسم كان المحذوفة وصدقه بالنصب خبرها ، وهذا التفصيل إذا كان المخبر غير ثقة كما يعلم من الهداية وغيرها ، وإنما قبل لأن عدالة المخبر فى المعاملات غير لازمة للحاجة كما مر ، وأكبر الرأى يقام مقام اليقين (قوله ولو لم يخبره الخ) أى ولم يعرف الشارى ذلك قال فى الهداية : فإن كان عرفها للأول لم يشترها حتى يعلم انتقالها إلى ملك الثانى اهـ زاد الزيلعى أو أنه وكله (قوله فلا بأس بشرائه منه) وإن كان فاسقا ، لأن اليد دليل الملك ، ولا معتبر بأكبر الرأى عند وجود الدليل الظاهر ، إلا أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك ، فحينئذ يستحب له أن يتنزه ، ومع ذلك لو اشتراها صح لاعتماده الدليل الشرعى ، ولو البائع عبدا لم يشترها حتى يسأل ، لأن المملوك لاملك له فإن أخبره بالإذن فإن كان ثقة قبل وإلا يعتبر أكبر الرأى ، وإن كان لا رأى له لايشترها لقيام المانع فلا بد من دليل هداية أو غيرها (قوله وتمامه فى الخانية)

قلت : وحاصله أنه متى أخبرت بأمر محتمل ، فإن ثقة أو وقع فى قلبه صدقها لا بأس بتزوجها ، وإن بأمر مستنكر لا ما لم يستفسرها :

[فروع] كتب إما قول الشافعى يكتب جواب أبى حنيفة :

وإذا كتب المفتى يدين يكتب ولا يصدق قضاء ليقضى القاضى بحنثه :

الترجيع بالقرآن والأذان بالصوت الطيب طيب إن لم يزد فيه الحروف وإن زاد كره له ولمستمعه ، وقوله أحسنت إن لسكوته فحسن وإن لتلك القراءة يخشى عليه الكفر :

المناظرة فى العلم لنصرة الحق عبادة ولأحد ثلاثة حرام لقهر مسلم وإظهار علم ونيل دنيا أو مال أو قبول :

التذكير على المنابر للوعظ والاتعاظ سنة الأنبياء والمرسلين ولرياسة ومال وقبول عامة من ضلالة اليهود والنصارى :

وكذا فى الهداية فى فصل البيع من هذا الكتاب (قوله وإن بأمر مستنكر) كما إذا تزوجت رجلا ثم قالت لرجل آخر : كان نكاحى فاسدا أو كان الزوج على غير الإسلام لايسع الثانى أن يقبل قولها ولا أن يتزوجها لأنها أخبرت بأمر مستنكر ، وكما إذا قالت المطلقة ثلاثا لزوجها الأول حللت لك ، فإنه لايحل له أن يتزوجها ما لم يستفسرها ، فإن العلماء اختلفوا فى حلها له بمجرد نكاح الثانى ، فقال بعضهم : تحل له فلعلها اعتمدت هذا القول فلابد من الاستفسار وتمامه فى الفتح (قوله كتب الخ) مثل الكتابة السؤال بالقول ، ومثل الشافعى غيره من أصحاب المذاهب ط (قوله يكتب جواب أبى حنيفة) هذا بناء على ما قالوا إنه يجب اعتقاد أن مذهبه صواب يحتمل الخطأ ومذهب غيره بخلاف ذلك ، وهذا مبنى على أنه لايجوز تقليد المفضول مع وجود الأفضل ، والحق جوازه ، وهذا الاعتقاد إنما هو فى حق المجتهد لا فى حق التابع المقلد ، فإن المقلد ينجو بتقليد واحد منهم فى الفروع ولا يجب عليه الترجيح اه ط ومثله فى خلاصة التحقيق فى بيان حكم التقليد ، والتلفيق للأستاذ عبد الغنى النابلسى قدس الله سره (قوله وإذا كتب المفتى يدين) أى كتب هذا اللفظ بأن سئل مثلا عمن حلف واستثنى ولم يسمع أحدا يجيب بأنه يدين أى لايحنث فيما بينه وبين ربه ، ولكن يكتب بعده ولا يصدق قضاء لأن القضاء تابع للفتوى فى زماننا لجهل القضاة فربما ظن القاضى أنه يصدق قضاء أيضا (قوله الترجيع بالقرآن والأذان الخ) الأولى التلحين أى التغنى ، لأن الترجيع فى اللغة الترديد قال فى المغرب : ومنه الترجيع فى الأذان لأنه يأتى بالشهادتين خافضا بهما صوته ، ثم يرجعهما رافعا بهما صوته اه.

وفى الذخيرة : وإن كانت الألحان لاتغير الكلمة عن وضعها ، ولا تؤدى إلى تطويل الحروف التى حصل التغنى بها ، حتى يصير الحرف حرفين ، بل لتحسين الصوت ، وتزين القراءة لايوجب فساد الصلاة ، وذلك مستحب عندنا فى الصلاة وخارجها ، وإن كان يغير الكلمة من موضعها يفسد الصلاة لأنه منهى ، وإنما يجوز إدخال المد فى حروف المد واللين والهوائية والمعتل اه وورد فى تحسين القراءة بالصوت أحاديث ، منها مارواه الحاكم وغيره عن جابر رضى الله عنه بلفظ « حسنوا القرآن بأصواتكم فان الصوت الحسن يزيد القرآن حسنا » (قوله وإن زاد) بأن أخرج الكلمة عن معناها كره أى حرم (قوله يخشى عليه الكفر) لأنه جعل الحرام المجمع عليه حسنا ط ولعله لم يكفر جزما لأن تحسينه ذلك ليس من حيث كونه أخرج القرآن عن وضعه ، بل من حيث تنغيمه وتطريبه تأمل . ويقرب من هذا ما يقال فى زماننا لمن يغنى للناس الغناء المحرم : بارك الله طيب الله الأنفاس ، فان قصد الثناء عليه والدعاء له لسكوته فحسن وإن لغنائه فهو معصية أخرى مع السماع يخشى منها ذلك فليتنبه لذلك (قوله ونيل دنيا أو مال أو قبول) عبارة الحاوى القدسى نحو المال أو القبول ، وهى كذلك

قراءة القرآن بقراءة معروفة وشاذة دفعة واحدة مكروه كما فى الحاوى القدسى :

يستحب للرجل خضاب شعره ولحيته ولو فى غير حرب فى الأصح ، والأصح أنه عليه الصلاة والسلام لم يفعله ، ويكره بالسواد ، وقيل لا مجمع الفتاوى والكل من منح المصنف :

الكتب التى لاينتفع بها يمحى عنها اسم الله وملائكته ورسله ويحرق الباقى ولابأس بأن تلقى فى ماء جار كما هى أو تدفن وهو أحسن كما فى الأنبياء :

القصص المكروه أن يحدثهم بما ليس له أصل معروف أو يعظهم بما لا يتعظ به أو يزيد وينقص يعنى فى أصله ، أما للتزين بالعبارات اللطيفة المرققة والشرح لفوائده فذلك حسن . والأفضل مشاركة أهل محلته فى إعطاء النائبة لكن فى زماننا أكثرها ظلم فمن تمكن من دفعه عن نفسه فحسن ، وإن أعطى فليعط من عجز .

ليس لذى الحق أن يأخذ غير جنس حقه وجوّزه الشافعى وهو الأوسع :

معلم طلب من الصبيان أثمان الحصر فجمعها فشرى ببعضها وأخذ بعضها له ذلك لأنه تمليك له من الآباء :

فى المنح (قوله وشاذة) هى مافوق العشر ط (قوله دفعه) وأولى بالكراهة الاقتصار على الشاذة ، وتقدم أنها لاتجزىء فى الصلاة ولا تفسدها ط (قوله كما فى الحاوى القدسى) أى من قوله الترجيع بالقرآن إلى هنا (قوله خضاب شعره ولحيته) لايديه ورجليه فانه مكروه للتشبه بالنساء (قوله والأصح أنه عليه الصلاة والسلام لم يفعله) لأنه لم يحتج إليه ، لأنه توفى ولم يبلغ شيبه عشرين شعرة فى رأسه ولحيته ، بل كان سبع عشرة كما فى البخارى وغيره : وورد : أن أبا بكر رضى الله عنه خضب بالحناء والكتم مدنى (قوله ويكره بالسواد) أى لغير الحرب : قال فى الذخيرة : أما الخضاب بالسواد للغزو ، ليكون أهيب فى عين العدو فهو محمود بالاتفاق وإن ليزين نفسه للنساء فمكروه ، وعليه عامة المشايخ ، وبعضهم جوزه بلا كراهة روى عن أبى يوسف أنه قال : كما يعجبنى أن تتزين لى يعجبها أن أتزين لها (قوله الكتب الخ) هذه المسائل من هنا إلى النظم كلها مأخوذة من المجتبى كما يأتى العزو إليه (قوله كما فى الأنبياء) كذا فى غالب النسخ وفى بعضها كما فى الأشباه لكن عبارة المجتبى والدفن أحسن كما فى الأنبياء والأولياء إذا ماتوا ، وكذا جميع الكتب إذا بليت وخرجت عن الانتفاع بها اه يعنى أن الدفن ليس فيه إخلال بالتعظيم ، لأن أفضل الناس يدفنون . وفى الذخيرة : المصحف إذا صار خلقا وتعذر القراءة منه لايحرق بالنار إليه أشار محمد وبه نأخذ ، ولا يكره دفنه ، وينبغى أن يلف بخرقة طاهرة ، ويلحد له لأنه لو شق ودفن يحتاج إلى إهالة التراب عليه ، وفى ذلك نوع تحقير إلا إذا جعل فوقه سقف وإن شاء غسله بالماء أو وضعه فى موضع طاهر لاتصل إليه يد محدث ولا غبار ، ولا قذر تعظيما لكلام الله عز وجل اه (قوله القصص) بفتحتين مصدر قص (قوله يعنى فى أصله) أى بأن يزيد على أصل الكلام أشياء من عنده غير ثابتة أو ينقص مايخرج المنقول الثابت عن معناه (قوله فمن تمكن الخ) أطلقه فشمل مالو تحمل غيره نائبته . وفى القنية توجه على جماعة جباية بغير حق فلبعضهم دفعه عن نفسه إذا لم يحمل حصته على الباقين ، وإلا فالأولى أن لايدفعها عن نفسه قال رضى الله عنه : وفيه إشكال لأن إعطاءه إعانة للظالم على ظلمه ثم ذكر السرخسى مشاركة جرير وولده مع سائر الناس فى دفع النائبة بعد الدفع عنه ثم قال : هذا كان فى ذلك الزمن ، لأنه إعانة على الطاعة وأكثر النوائب فى زماننا بطريق الظلم فمن تمكن من دفعه عن نفسه فهو خير له اه مافى القنية (قوله وجوزه الشافعى) قدمنا فى كتاب الحجر : أن عدم الجواز كان فى زمانهم ، أما اليوم فالفتوى على الجواز (قوله وهو الأوسع) لتعينه طريقا لاستيفاء حقه فينتقل حقه من الصورة إلى المالية كما فى الغصب والإتلاف مجتبى ، وفيه وجد دنانير مديونه وله عليه دراهم ، فله أن يأخذه لاتحادهما جنسا فى الثمنية اه (قوله لأنه تمليك له من الآباء)

لا بأس بوطء المنكوحة بمعاينة الأمة دون عكسه :
وجد ما لا قيمة له لابأس بالانتفاع به ولو له قيمة وهو غني تصدق به :
لا بأس بالجماع في بيت فيه مصحف للبلوى :
لا تركب مسلمة على سرج للحديث هذا لو للتلهي ، ولو لحاجة غزو أو حج أو مقصد ديني أو دنيوي لابد لها منه فلا بأس به :
تغني بالقرآن ولم يخرج بألحانه عن قدر هو صحيح في العربية مستحسن :
ذكر الله من طلوع الفجر إلى طلوع الشمس أولى من قراءة القرآن ، وتستحب القراءة عند الطلوع أو الغروب :
لابأس للإمام عقب الصلاة بقراءة آية الكرسي وخواتيم سورة البقرة والإخفاء أفضل :
قراءة الفاتحة بعد الصلاة جهرا للمهمات بدعة قال أستاذنا : لكنها مستحسنة للعادة والآثار .
الرشوة لاتملك بالقبض :
لا بأس بالرشوة إذا خاف على دينه والنبي عليه الصلاة والسلام

والدليل عليه أنهم لايتأملون منه أن يرد الزائد على مايشترى به مع علمهم غالبا ، بأن مايأخذه يزيد والحاصل أن العادة محكمة فافهم (قوله لابأس بوطء المنكوحة الخ) نقله في المجتبى عن بعض المشايخ ونقل في الهندية أنه يكره عند محمد (قوله تصدق به) أي بعد التعريف إن احتاج إليه (قوله لا بأس بالجماع في بيت فيه مصحف للبلوى) قيده في القنية بكونه مستورا وإن حمل مافيها على الأولوية زال التنافي ط (قوله للحديث) وهو ولعن الله الفروج على السروج ، ذخيرة . لكن نقل المدني عن أبي الطيب أنه لا أصل له اهـ يعني بهذا اللفظ وإلا فمعناه ثابت ، ففي البخاري وغيره « لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المتشبهين من الرجال بالنساء والمتشبهات من النساء بالرجال » وللطبراني « أن امرأة مرت على رسول الله صلى الله عليه وسلم متقلدة قوسا فقال : لعن الله المتشبهات من النساء بالرجال والمتشبهين من الرجال بالنساء » (قوله ولو لحاجة غزو الخ) أي بشرط أن تكون متسترة وأن تكون مع زوج أو محرم (قوله أو مقصد ديني) كسفر لصلة رحم ط (قوله تغني بالقرآن الخ) مكرر مع ماتقدم (قوله وتستحب الخ) كذا ذكر في المجتبى المسألة الأولى ثم ذكر هذه رامزا لبعض المشايخ فالظاهر أنهما قولان ، فإن الأولى تفيد استحباب الذكر دون القراءة ، وهو الذي تقدم في كتاب الصلاة واقتصر عليه في القنية حيث قال : الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم والدعاء والتسبيح أفضل من قراءة القرآن في الأوقات التي نهي عن الصلاة فيها (قوله لابأس للإمام) أي والمقتدين (قوله عقب الصلاة) أي صلاة الغداة قال في القنية إمام يعتاد كل غداة مع جماعته قراءة آية الكرسي وآخر البقرة - وشهد الله - ونحوها جهرا لابأس به والإخفاء أفضل اهـ وتقدم في الصلاة أن قراءة آية الكرسي والمعوذات والتسبيحات مستحبة وأنه يكره تأخير السنة إلا بقدر اللهم أنت السلام الخ (قوله قال أستاذنا) هو البديع شيخ صاحب المجتبى واختار الإمام جلال الدين إن كانت الصلاة بعدها سنة يكره وإلا فلا اهـ ط عن الهندية (قوله لا تملك بالقبض) فله الرجوع بها وذكر في المجتبى بعد هذا ولو دفع الرشوة بغير طلب المرتشي ، فليس له أن يرجع قضاء ويجب على المرتشي ردها وكذا العالم إذا أهدى إليه ليشفع أو يدفع ظلما فهو رشوة . ثم قال بعد هذا سعى له عند السلطان وأتم أمره لا بأس بقبول هديته بعد وقبله بطلبه سحت وبدونه مختلف فيه ، ومشايخنا على أنه لا بأس به وفي قبول الهدية من التلامذة اختلاف المشايخ ط (قوله إذا خاف على دينه) عبارة المجتبى لمن يخاف وفيه أيضا دفع المال للسلطان الجائر لدفع الظلم عن

كان يعطى الشعراء ولمن يخاف لسانه وكفى بسهم المؤلفة من الصدقات دليلا على أمثاله .

جمع أهل المحلة للإمام فحسن ومن السحت ما يؤخذ على كل مباح كملح وكلأ وماء ومعادن وما يأخذه غاز لغزو وشاعر لشعر ومسخرة وحكواتى قال تعالى ـ ومن الناس من يشترى لهو الحديث ـ وأصحاب معازف وقواد وكاهن ومقامر وواشمة وفروعه كثيرة :

قيل له يا خبيث ونحوه جاز له الرد فى كل شتيمة لا توجب الحد وتركه أفضل :

كره قول الصائم المتطوع إذا سئل أصائم حتى أنظر فإنه نفاق أو حمق .

نفسه وماله ولاستخراج حق له ليس برشوة يعنى فى حق الدافع اه (قوله كان يعطى الشعراء) فقد روى الخطابى فى الغريب عن عكرمة مرسلا قال : « أتى شاعر النبى صلى الله عليه وسلم فقال يابلال اقطع لسانه عنى فأعطاه أربعين درهما » (قوله جمع أهل المحلة) أى شيئا من القوت أوالدراهم ط (قوله فحسن) أى إن فعلوا فهو حسن ولا يسمى أجرة كما فى الخلاصة ، والظاهر أن هذا من تعريفات المتقدمين المانعين أخذالأجرة على الإمامةوغيرها من الطاعات لتظهر ثمرة التنصيص عليه ، وإلا فمجازاة الإحسان بالإحسان مطلوبة لكل أحد تأمل (قوله ومن السحت) بالضم وبضمتين الحرام أوماخبث من المكاسب فلزم عنه العار جمعه أسحات وأسحت اكتسبه قاموس ، ومن السحت : ما يأخذه الصهر من الختن بسبب بنته بطيب نفسه حتى لو كان بطلبه يرجع الختن به مجتبى (قوله وما يأخذه غاز لغزو) من أهل البلدة جبرا فهو حرام عليه لاعلى الدافع ط (قوله وشاعر لشعر) لأنه إنما يدفع له عادة قطعا للسانه كما مر ، فلو كان ممن يؤمن شره ، فالظاهر أنما يدفع له حلال بدليل دفعه عليه الصلاة والسلام بردته لكعب لما امتدحه بقصيدته المشهورة تأمل (قوله ومسخرة وحكواتى) عبارة المجتبى أو المضحك للناس أويسخر منهم أويحدث الناس بمغازى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه ، لاسيما بأحاديث العجم مثل رستم واسبنديار ونحوهما اه تأمل وانظر هل النسبة فى حكواتى عربية (قوله لهو الحديث) أى ما يلهى عما يعنى كالأحاديث التى لا أصل لها والأساطير التى لا اعتبار لها والمضاحك وفضول الكلام ، والإضافة على معنى من نزلت فى النضر ابن الحرث بن كلدة ، كان يتجر فيأتى الحيرة ، ويشترى أخبار العجم ، ويحدّث بها قريشا ، ويقول إن محمدا يحدثكم بحديث عاد وثمود ، وأنا أحدثكم بأحاديث رستم وأخبار الأكاسرة ، فيستملحون حديثه ويتركون استماع القرآن فأنزل الله تعالى هذه الآية اه ط (قوله المعازف) أى الملاهى (قوله وكاهن) المراد به هنا المنجم وإلا ففى المغرب قالوا : إن الكهانة كانت فى العرب قبل البعثة :

يروى « أن الشياطين كانت تسترق السمع ، فتلقيه إلى الكهنة فتزيد فيه ما تريد ، وتقبله الكفار منهم ، فلما بعث عليه الصلاة والسلام وحرست السماء بطلت الكهانة » اه (قوله وفروعه كثيرة) منها كما فى المجتبى ما تأخذه المغنية على الغناء والنائحة والواشرة والمتوسطة لعقد النكاح والمصلح بين المتشاحنين وثمن الخمر والسكر وعسب التيس وثمن جميع جلود الميتة والسباع قبل الدباغ ومهر البغى وأجرالحجام بشرط اه لكن فى المواهب: ويحرم على المغنى والنائحة والقوال أخذ المال المشروط دون غيره اه وكذا صاحب الطبل والمزمار كما قدمناه عن الهندية (قوله جاز له الرد) قال تعالى — ولمن انتصر بعد ظلمه فأولئك ما عليهم من سبيل — (قوله وتركه أفضل) قال تعالى ـ فمن عفا وأصلح فأجره على الله — (قوله حتى أنظر) مفعول القول ط (قوله فإنه نفاق) أى من عمل المنافقين أى ليظهر أنه يخفى عمله ط (قوله أو حمق) أى جهالة والأولى أن يقول : إن كان صائما نعم

من له أطفال ومال قليل لايوصى بنفل :
من صلى أو تصدق يرائى به الناس

فإن الصوم لايدخله الرياء ، وهو أحد ما حمل عليه الحديث القدسى « الصوم لى وأنا أجزى به » ط (قوله من له أطفال الخ) قال فى نور العين عن مجمع الفتاوى لو الورثة صغارا فترك الوصية أفضل وكذا لو كانوا بالغين فقراء ولايستغنون بالثلثين ، وإن كانوا أغنياء أو يستغنون بالثلثين فالوصية أولى وقدر الاستغناء عن أبى حنيفة إذا ترك لكل واحد أربعة آلاف درهم دون الوصية وعن الإمام الفضلى عشرة آلاف اه (قوله ومن صلى أو تصدق الخ) اعلم أن إخلاص العبادة لله تعالى واجب والرياء فيها ، وهو أن يريد بها غير وجه الله تعالى حرام بالإجماع للنصوص القطعية ، وقد سمى عليه الصلاة والسلام الرياء : الشرك الأصغر ، وقد صرح الزيلعى بأن المصلى يحتاج إلى نية الإخلاص فيها ، وفى المعراج : أمرنا بالعبادة ولا وجود لها بدون الإخلاص المأمور به ، والإخلاص جعل أفعاله لله تعالى وذا لايكون إلا بالنية اه وقال العلامة العينى فى شرح البخارى : الإخلاص فى الطاعة ترك الرياء ومعدنه القلب اه وهذه النية لتحصيل الثواب لا لصحة العمل لأن الصحة تتعلق بالشرائط والأركان والنية التى هى شرط لصحة الصلاة مثلا : أن يعلم بقلبه أى صلاة يصلى :

قال فى مختارات النوازل : وأما الثواب فيتعلق بصحة عزيمته وهو الإخلاص ، فإن من توضأ بماء نجس ولم يعلم به حتى صلى لم تجز صلاته فى الحكم لفقد شرطه ، ولكن يستحق الثواب لصحة عزيمته وعدم تقصيره اه :

فعلم أنه لا تلازم بين الثواب والصحة فقد يوجد الثواب بدون الصحة كما ذكر ، وبالعكس كما فى الوضوء بلانية فإنه صحيح ، ولا ثواب فيه ، وكذا لو صلى مرائيا لكن الرياء تارة يكون فى أصل العبادة ، وتارة يكون فى وصفها والأول هو الرياء الكامل المحيط للثواب من أصله كما إذا صلى لأجل الناس ، ولولا هم ما صلى ، وأما لو عرض له ذلك فى أثنائها فهو لغو ، لأنه لم يصل لأجلهم بل صلاته كانت خالصة لله تعالى ، والجزء الذى عرض له فيه الرياء بعض تلك الصلاة الخالصة : نعم إن زاد فى تحسينها بعد ذلك رجع إلى القسم الثانى ، فيسقط ثواب التحسين بدليل ماروى عن الإمام فيمن أطال الركوع لإدراك الجائى لا للقربة حيث قال : أخاف عليه أمرا عظيما أى الشرك الخفى كما قاله بعض المحققين :

قال فى التاترخانية : لو افتتح خالصا لله تعالى ، ثم دخل فى قلبه الرياء فهو على ما افتتح والرياء أنه لو خلا عن الناس لايصلى ، ولو كان مع الناس يصلى ، فأما إن كان مع الناس يحسنها ، ولو صلى وحده لا يحسن فله ثواب أصل الصلاة دون الإحسان ولا يدخل الرياء فى الصوم . وفى الينابيع قال إبراهيم بن يوسف : لو صلى رياء فلا أجر له وعليه الوزر : وقال بعضهم : لا أجر له ولا وزر عليه وهو كأنه لم يصل اه ، ولعله لم يدخل فى الصوم ، لأنه لا يرى إذ هو إمساك خاص لا فعل فيه : نعم قد يدخل فى إخباره وتحدثه به تأمل : واستدل له فى الواقعات بقوله عليه الصلاة والسلام « يقول الله تعالى الصوم لى وأنا أجزى به » فنفى شركة الغير وهذا لم يذكر فى حق سائر الطاعات اه :

ثم اعلم أن من الرياء التلاوة ونحوها بالأجرة ، لأنه أريد بها غير وجه الله تعالى ، وهو المال ولذا قالوا إنه لا ثواب بها لا للقارئ ولا للميت والآخذ والمعطى آثمان ، وقالوا أيضا إن من نوى الحج والتجارة لا ثواب له إن كانت نية التجارة غالبة أو مساوية : وفى الذخيرة : إذا سعى لإقامة الجمعة وحوائج له فى المصر فإن معظم مقصوده الأول فله ثواب السعى إلى الجمعة وإن الثانى فلا اه أى وإن تساويا تساقطا كما يعلم مما مر ، واختار هذا

لايعاقب بتلك الصلاة ولايثاب بها قيل هذا فى الفرائض وعممه الزاهدى للنوافل لقولهم الرياء لايدخل الفرائض :
غزل الرجل على هيئة غزل المرأة يكره :
يكره للمرأة سؤر الرجل وسؤرها له .
وله ضرب زوجته على ترك الصلاة على الأظهر :

التفصيل الإمام الغزالى أيضا وغيره من الشافعية واختار منهم العز بن عبد السلام عدم الثواب مطلقا (قوله لا يعاقب بتلك الصلاة ولا يثاب بها) هو معنى ما نقله فى الينابيع عن بعضهم ، وليس المراد أنه لا يعاقب على الرياء ، لأنه حرام من الكبائر فيأثم به ، وعليه يحمل ما مر عن إبراهيم بن يوسف من أنه لا أجر له وعليه الوزر ، وإنما المراد أنه لا يعاقب على تلك الصلاة عقاب تاركها لأنها صحيحة مسقطة للفرض كما قدمناه ، قال فى البزازية : ولا رياء فى الفرائض فى حق سقوط الواجب : قال فى الأشباه : أفاد أن الفرائض مع الرياء صحيحة مسقطة للواجب اه :

وفى مختارات النوازل لصاحب الهداية : وإذا صلى رياء وسمعة تجوز صلاته فى الحكم لوجود الشرائط والأركان ولكن لايستحق الثواب اه أى ثواب المضاعفة قال فى الذخيرة : قال الفقيه أبو الليث فى النوازل : قال بعض مشايخنا : الرياء لايدخل فى شىء من الفرائض وهذا هو المذهب المستقيم إن الرياء لايفوت أصل الثواب وإنما يفوت تضاعف الثواب اه وفيه مخالفة لما قدمناه من أن الثواب يتعلق بصحة العزيمة إلا أن يحمل على هذا ، أويحمل ما هنا على أن المراد من أصل الثواب سقوط الفرض بتلك الصلاة ، وعدم العقاب عليهاعقاب تاركها وبه يظهر فائدة التخصيص بالفرائض فليتأمل (قوله وعممه الزاهدى للنوافل) أى جعله عاما فى أنواع العبادات النوافل فقط دون الفرائض ، وليس المراد أنه عممه فى النوافل والفرائض كما هو المتبادر من العبارة ، وإلا لم يصح التعليل الذى بعده فكان الأظهر أن يقول وخصصه الزاهدى بالنوافل ، وعبارة الزاهدى فى المجتبى : ولكن نص فى الواقعات : أن الرياء لايدخل فى الفرائض فتعين النوافل اه .

ثم اعلم أن ماذكره الزاهدى لاينافى ماقبله لأن المراد مماقبله كما قررناه أن الصلاة صحيحة مسقطة للواجب لايؤثر الرياء فى بطلانها ، بل فى إعدام ثوابها ، وتخصيص الزاهدى النوافل معناه فيما يظهر أن الرياء يحبط ثوابها أصلا كأنه لم يصلها ، فإذا صلى سنة الظهر مثلا رياء لأجل الناس ولولاهم لم يصلها لايقال إنه أتى بها فيكون فى حكم تاركها بخلاف الفرض ، فإنه ليس فى حكم تاركه حتى لايعاقب عقاب تاركه والفرق أن المقصود من النوافل الثواب لتكميل الفرائض وسد خللها هذا ماظهر لفهمى القاصر والله تعالى أعلم (قوله يكره) لما فيه من التشبه بالنساء وقد لعن عليه الصلاة والسلام المتشبهين والمتشبهات كما قدمناه (قوله يكره للمرأة الخ) تقدمت المسألة فى الطهارة فى بحث الأسآر والعلة فيها كما ذكره فى المنح هناك أن الرجل يصير مستعملا لجزء من أجزاء الأجنبية ، وهو ريقها المختلط بالماء وبالعكس فيما لو شربت سؤره وهو لايجوز اه وقدمنا الكلام عليه هناك فراجعه وقال الرملى يجب تقييده بغير الزوجة والمحارم (قوله وله ضرب زوجته على ترك الصلاة) وكذا على تركها الزينة وغسل الجنابة ، وعلى خروجها من المنزل وترك الإجابة إلى فراشه ومر تمامه فى التعزير وأن الضابط أن كل معصية لاحد فيها فللزوج والمولى التعزير ، وأن للولى ضرب ابن عشر على الصلاة ويلحق به الزوج وأن له إكراه طفله على تعليم قرآن(١) وأدب وعلم وله ضرب اليتيم فيما يضرب ولده (قوله على الأظهر) ومشى عليه فى الكنز والملتقى وفى رواية ليس

---

(١) قوله (تعليم قرآن) المراد التعلم اه .

لا يجب على الزوج تطليق الفاجرة .

لا يجوز الوضوء من الحياض المعدة للشرب فى الصحيح ويمنع من الوضوء منه وفيه وحمله لأهله إن مأذونا به جاز وإلا لا .

الكذب مباح لإحياء حقه ودفع الظلم عن نفسه والمراد التعريض لأن عين الكذب حرام قال : وهو الحق قال تعالى - قتل الخراصون - الكل من المجتبى وفى الوهبانية قال :

له ذلك وعليها مشى المصنف فى التعزير تبعا للدرر (قوله لايجب على الزوج تطليق الفاجرة) ولا عليها تسريح الفاجر إلا إذا خافا أن لايقيما حدود الله فلا بأس أن يتفرقا اهـ مجتبى والفجور يعم الزنا وغيره وقد قال صلى الله عليه وسلم لمن زوجته لاترد يد لامس وقد قال إنى أحبها : « استمتع بها » اهـ ط (قوله لايجوز الوضوء من الحياض المعدة للشرب) ولا يمنع جواز التيمم إلا أن يكون الماء كثيرا فيستدل بكثرته على أنه وضع للشرب والوضوء جميعا اهـ بحر عن المحيط وغيره (قوله فى الصحيح) وعن ابن الفضل أنه يجوز التوضى منه والموضوع للوضوء لايباح منه الشرب بحر (قوله ويمنع من الوضوء منه وفيه) وإنما أتى به لدفع توهم أنه لو توضأ فيه يجوز لأنه غير مضيع ولكن كان يكفيه أن يقول ولو فيه ط (قوله وحمله) مبتدأ خبره الجملة الشرطية ط (قوله الكذب مباح لإحياء حقه) كالشفيع يعلم بالبيع بالليل ، فإذا أصبح يشهد ويقول علمت الآن ، وكذا الصغيرة تبلغ فى الليل وتختار نفسها من الزوج وتقول : رأيت الدم الآن .

واعلم أن الكذب قد يباح وقد يجب والضابط فيه كما فى تبيين المحارم وغيره عن الإحياء أن كل مقصود محمود يمكن التوصل إليه بالصدق والكذب جميعا ، فالكذب فيه حرام ، وإن أمكن التوصل إليه بالكذب وحده فمباح إن أبيح تحصيل ذلك المقصود ، وواجب إن وجب تحصيله كما لو رأى معصوما اختفى من ظالم يريد قتله أو إيذاءه فالكذب هنا واجب وكذا لو سأله عن وديعة يريد أخذها يجب إنكارها ، ومهما كان لايتم مقصود حرب أو إصلاح ذات البين أو استمالة قلب المجنى عليه إلا بالكذب فيباح ، ولو سأله سلطان عن فاحشة وقعت منه سرا كزنا أو شرب فله أن يقول : مافعلته ، لأن إظهارها فاحشة أخرى ، وله أيضا أن ينكر سر أخيه ، وينبغى أن يقابل مفسدة الكذب بالمفسدة المترتبة على الصدق ، فإن كانت مفسدة الصدق أشد ، فله الكذب ، وإن بالعكس أوشك حرم ، وإن تعلق بنفسه استحب أن لايكذب وإن تعلق بغيره لم تجز المسامحة لحق غيره والحزم تركه حيث أبيح ، وليس من الكذب ما اعتيد من المبالغة كجئتك ألف مرة لأن المراد تفهيم المبالغة لا المرات فإن لم يكن جاء إلا مرة واحدة فهو كاذب اهـ ملخصا ويدل لجواز المبالغة الحديث الصحيح « وأما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه » .

قال ابن حجر المكى : ومما يستثنى أيضا الكذب فى الشعر إذا لم يمكن حمله على المبالغة كقوله : أنا أدعوك ليلا ونهارا ، ولا أخلى مجلسا عن شكرك ، لأن الكاذب يظهر أن الكذب صدق ويروجه ، وليس غرض الشاعر الصدق فى شعره ، وإنما هو صناعة وقال الشيخان يعنى : الرافعى والنووى بعد نقلهما ذلك عن القفال والصيدلانى وهذا حسن بالغ اهـ (قوله قال) أى صاحب المجتبى وعبارته قال عليه الصلاة والسلام « كل كذب مكتوب لامحالة إلا ثلاثة الرجل مع امرأته أو ولده والرجل يصلح بين اثنين والحرب فإن الحرب خدعة » قال الطحاوى وغيره هو محمول على المعاريض ، لأن عين الكذب حرام .

قلت : وهو الحق قال تعالى - قتل الخراصون - وقال عليه الصلاة والسلام « الكذب مع الفجور وهما فى النار » ولم يتعين عين الكذب للنجاة وتحصيل المرام اهـ .

وللصلاح جاز الكذب أو دفع ظالم ... وأهل الترضى والقتال ليظفروا
ويكره فى الحمام تغميز خادم ... ومن شاء تنويرا فقالوا ينور
ويفسق معتاد المرور بجامع ... ومن علم الأطفال فيه ويوزر
ومن قام إجلالا لشخص فجائز ... وفى غير أهل العلم بعض يقرر
وجوز نقل الميت البعض مطلقا ... وعن بعضهم ما فوق ميلين يحظر

قلت : ويؤيده ماورد عن علي وعمران بن حصين وغيرهما « إن فى المعاريض لمندوحة عن الكذب » وهو حديث حسن له حكم الرفع كما ذكره الجراحى » وذلك كقول من دعى لطعام أكلت يعنى أمس وكما فى قصة الخليل عليه الصلاة والسلام ، وحينئذ فالاستثناء فى الحديث لما فى الثلاثة من صورة الكذب ، وحيث أبيح التعريض لحاجة لايباح لغيرها لأنه يوهم الكذب ، وإن لم يكن اللفظ كذبا قال فى الإحياء نعم المعاريض تباح بغرض حقيقى كتطييب قلب الغير بالمزاح كقوله صلى الله عليه وسلم « لايدخل الجنة عجوز » وقوله « فى عين زوجك بياض » وقوله « نحملك على ولد البعير » وما أشبه ذلك (قوله جاز الكذب) بوزن علم مختار أى بالكسر فالسكون قال الشارح ابن الشحنة ، نقل فى البزازية أنه أراد به المعاريض لا الكذب الخالص (قوله وأهل الترضى) ليحترز به عن الوحشة والخصومة شارح كقوله : أنت عندى خير من ضرتك أى من بعض الجهات ، وسأعطيك كذا أى إن قدر الله تعالى (قوله ويكره فى الحمام تغميز) أى تكبيس خادم فوق الازار إذ ربما يفعله للشهوة ، وهذا لوبلا ضرورة ، وإلا فلا بأس والاختيار تركه ولوالإزار كثيفا ومس ماتحته كما يفعله الجهلة حرام شارح (قوله فقالوا ينور) أى يطلى بالنورة بنفسه دون الخادم فى الصحيح ويكره لو جنبا شارح (قوله ويفسق معتاد المرور) فلا تقبل له شهادة إذاكان مشهورا به ط والحيلة لمن ابتلى به أن ينوى الاعتكاف حال الدخول ، ويكفى فيه السكنات فيما بين الخطوات شرنبلالى (قوله ومن علم الأطفال الخ) الذى فى القنية : أنه يأثم ولا يلزم منه الفسق ، ولم ينقل عن أحد القول به ، ويمكن أنه بناء على أنه بالإصرار عليه يفسق أفاده الشارح :

قلت : بل فى التتارخانية عن العيون جالس معلم أو وراق فى المسجد ، فإن كان يعلم أو يكتب بأجر يكره إلا لضرورة وفى الخلاصة تعليم الصبيان فى المسجد لابأس به اه لكن استدل فى القنية بقوله عليه الصلاة والسلام « جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم » (قوله ويوزر) بسكون الواو بعد الياء مبنيا للمجهول من الوزر ، وهو الإثم واسم المفعول موزور بلا همز قال فى القاموس : وقوله عليه الصلاة والسلام « ارجعن مأزورات غير مأجورات » للازدواج ولو أفرد لقيل موزورات اه ولو قال فيوزر بالفاء لسلم من الاعتراض السابق (قوله ومن قام الخ) قدمنا الكلام عليه قبيل فصل البيع (قوله وفى غير أهل العلم الخ) قال فى القنية : وقيل له أن يقوم بين يدى العالم تعظيما له أما فى حق غيره لايجوز اه فهذه مسألة القيام بين يديه وهو غير مسألة القيام لقدومه تعظيما فتنبه لذلك ش (قوله وجوز نقل الميت) بتشديد الياء هنا والبعض فاعل جوز والمراد قبل الدفن خلافا لما ذكره الناظم من أن فيه خلافا بعد الدفن أيضا رادا على الطرسوسى ، قال الشارح : وما ذكره من الخلاف لم نقف عليه من كلام العلماء ، والظاهر أن الصواب مع الطرسوسى اه أى حيث لم يحك خلافا فيما بعد الدفن (قوله مطلقا) أى بعدت المسافة أو قصرت (قوله وعن بعضهم الخ) قال فى البزازية : نقل الميت من بلد إلى بلد قبل الدفن لايكره وبعده يحرم قال السرخسى : وقبله يكره أيضا إلا قدر ميل أو ميلين ، ونقل الكليم الصديق عليهما وعلى نبينا الصلاة والسلام شريعة متقدمة منسوخة أو رعاية لوصيته عليه السلام وهى لازمة

وللزوجة النسمين لا فوق شبعها ... ومن ذكرها التعويذ للحب تحظر
ويكره أن تسقى لإسقاط حملها ... وجاز لعذر حيث لا يتصور
وإن أسقطت ميتا ففى السقط غرة ... لوالده من عاقل الأم تحضر
وفى يوم عاشوراء يكره كحلهم ... ولا بأس بالمعتاد خلطا ويؤجر

وقد كان الصديق عليه السلام أوصى به اه (قوله وللزوجة النسمين) قال فى الخانية : امرأة تأكل الفتيت وأشباه ذلك لأجل التسمين قال أبو مطيع : لا بأس به إذا لم تأكل فوق شبعها قال الطرسوسى فى الزوجة : ينبغى أن يندب لها ذلك ، وتكون مأجورة قال الشارح ولا يعجبنى إطلاق إباحته ذلك فضلا عن ندبه ، ولعل ذلك محمول على إذا كان الزوج يحب السمن وإلا ينبغى أن تكون موزورة اه (قوله لافوق شبعها) بكسر المعجمة وإسكان الموحدة (قوله ومن ذكرها) متعلق بتحظر بمعنى تمنع والتعويذ مفعول الذكر ، وللحب متعلق به والذكر يكون باللسان ، والمراد ماهو أعم منه ومن الحمل :

قال فى الخانية : امرأة تصنع آيات التعويذ ليحبها زوجها بعد ما كان يبغضها ذكر فى الجامع الصغير : أن ذلك حرام ولا يحل اه وذكر ابن وهبان فى توجيهه : أنه ضرب من السحر والسحر حرام اه ط ومقتضاه أنه ليس مجرد كتابة آيات ، بل فيه شىء زائد قال الزيلعى : وعن ابن مسعود رضى الله تعالى عنه أنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « إن الرقى والتمائم والتولة شرك » رواه أبو داود وابن ماجه والتولة أى بوزن عنبة ضرب من السحر قال الأصمعى : هو تحبيب المرأة إلى زوجها ، وعن عروة بن مالك رضى الله عنه أنه قال : كنا فى الجاهلية نرقى فقلنا : يارسول الله كيف ترى فى ذلك ؟ فقال « اعرضوا على رقاكم لا بأس بالرقى مالم يكن فيها شرك » رواه مسلم وأبو داود اه وتمامه فيه وقدمنا شيئا من ذلك قبيل فصل النظر وبه اندفع تنظير ابن الشحنة فى كون التعويذ ضربا من السحر (قوله ويكره الخ) أى مطلقا قبل التصور وبعده على ما اختاره فى الخانية كما قدمناه قبيل الاستبراء وقال إلا أنها لا تأثم إثم القتل (قوله وجاز لعذر) كالمرضعة إذا ظهر بها الحبل والقطع لبنها وليس لأبى الصبى مايستأجر به الظئر ويخاف هلاك الولد قالوا يباح لها أن تعالج فى استنزال الدم مادام الحمل مضغة أو علقة ولم يخلق له عضو وقدروا تلك المدة بمائة وعشرين يوما ، وجاز لأنه ليس بآدمى وفيه صيانة الآدمى خانية (قوله حيث لايتصور) قيد لقوله : وجاز لعذر والتصور كما فى القنية أن يظهر له شعر أو أصبع أو رجل أو نحو ذلك (قوله وإن أسقطت ميتا) بتخفيف ميت : أى بعلاج أو شرب دواء تتعمد به الإسقاط ، أما إذا ألقته حيا ثم مات فعلى عاقلتها الدية فى ثلاث سنين ، إن كانت لها عاقلة وإلا ففى مالها وعليها الكفارة ولا ترث منه شيئا ش (قوله ففى السقط غرة) بضم الغين المعجمة وهى خمسمائة درهم تؤخذ فى سنة واحدة ونفاها الطرسوسى وهو وهم كما ذكره الشارح (قوله لوالده) الأولى لوارثه ط (قوله من عاقل الأم) وإن لم يكن لها عاقلة ففى مالها فى سنة ش (قوله تحضر) الجملة صفة غرة ط (قوله وفى يوم عاشوراء الخ) هو العاشر من المحرم والكحل بالفتح مصدر كحل :

واعلم أن الكحل مطلقا سنة سيد المرسلين صلى الله عليه وسلم ، وأما كونه سنة فى يوم عاشوراء ، فقد قيل به إلا أنه لما صار علامة للشيعة وجب تركه ، وقيل إنه يكره لأن يزيد وابن زياد اكتحلا بدم الحسين رضى الله عنه وقيل بالإثمد لتقر عينهما بقتله ش بالمعنى (قوله ولا بأس الخ) نقل فى القنية عن الوبرى أنه لم يرد فيه أثر قوى ، ولا بأس به ، وربما يثاب قال الشارح : والذى فى حفظى أنه يثاب بالتوسعة على عياله المندوب إليها

وبعضهم المختار فى الكحل جائز　　لفعل رسول الله فهو المقرر
وضرب عبيد الغير جاز بأمره　　وما جاز فى الأحرار والأب يأمر
وأثوب من ذكر القران استماعه　　وقالوا ثواب الطفل للطفل يحصر

فى الحديث بقوله « من وسع على عياله فى يوم عاشوراء وسع الله عليه سائر سنته » فأخذ الناس منه أن وسعوا باستعمال أنواع من الحبوب ، وهو مما يصدق عليه التوسعة :

وقد رأيت لبعض العلماء كلاما حسنا محصله : أنه لا يقتصر فيه على التوسعة بنوع واحد بل يعمها فى المآكل والملابس وغير ذلك ، وأنه أحق من سائر المواسم بما يعمل فيها من التوسعات الغير المشروعة فيها كالأعياد ونحوها اه (قوله وبعضهم الخ) قال فى التجنيس والمزيد لا بأس بالاكتحال يوم عاشوراء هو المختار ، لأن رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم كحلته أم سلمة يوم عاشوراء . وفى الخانية : أنه سنة وذكر فيها : من اكتحل يوم عاشوراء لم يرمد سنته ، قال الشارح ولم يصح ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم اه :

قلت : والحاصل أنه وردت التوسعة فيه بأسانيد ضعيفة ، وصحح بعضها يرتقى بها الحديث إلى الحسن ، وتعقب ابن الجوزى فى عده من الموضوعات . وأما حديث « من اكتحل بالإثمد يوم عاشوراء لم ترمد عينه » فقال الحافظ ابن حجر فى اللآلىء : إنه منكر والاكتحال لا يصح فيه أثر وهو بدعة ، وأورده ابن الجوزى فى الموضوعات وقال الحاكم أيضا لم يرو فيه أثر وهو بدعة ابتدعها قتلة الحسين ، وقال ابن رجب : كل ماروى فى فضل الاكتحال ، والاختضاب والاغتسال فموضوع لا يصح ، وتمامه فى كشف الخفاء والإلباس للجراحى ، وبه يتأيد القول بالكراهة والله أعلم . والتوسعة على من وسع مجربة نقل ذلك المناوى عن جابر وابن عيينة (قوله جاز بأمره) أى بالقدر الذى يملكه السيد مالم يبلغ به حدا بحسب الجرائم ش فإن لزمه حد لا يحده إلا بإذن القاضى (قوله والأب يأمر) جملة حالية أى لا يجوز ضرب ولد الحر بأمر أبيه ، أما المعلم فله ضربه لأن المأمور يضربه نيابة عن الأب لمصلحته ، والمعلم يضربه بحكم الملك بتمليك أبيه لمصلحة التعليم ، وقيده الطرسوسى بأن يكون بغير آلة جارحة ، ، وبأن لا يزيد على ثلاث ضربات ورده الناظم بأنه لا وجه له ، ويحتاج إلى نقل وأقره الشارح قال الشرنبلالى : والنقل فى كتاب الصلاة يضرب الصغير باليد لا بالخشبة ، ولا يزيد على ثلاث ضربات ونقل الشارح عن الناظم أنه قال : ينبغى أن يستثنى من الأحرار القاضى ، فإنه لو أمره بضرب ابنه جاز له أن يضربه بل لا يجوز له أن لا يقبل اه وقيده الشرنبلالى بكون القاضى عادلا ، وبمشاهدة الحجة الملزمة قال : ولا يعتمد على مجرد أمر القاضى الآن (قوله وأثوب) أفعل تفضيل من الثواب ، وهو الجزاء والقران منقول حركة الهمزة لضرورة الوزن ش قال الشرنبلالى : وليس كذلك بل هو قراءة عبد الله بن كثير كما ذكره الناظم فى شرحه اه أى فهو لغة لا لضرورة (قوله استماعه) لوجوبه وندب القراءة (قوله ثواب الطفل للطفل) لقوله تعالى — وأن ليس للإنسان إلا ماسعى — وهذا قول عامة مشايخنا وقال بعضهم : ينتفع المرء بعلم ولده بعد موته لما روى عن أنس بن مالك رضى الله تعالى عنه أنه قال من جملة ما ينتفع به العبد بعد موته أن يترك ولدا علمه القرآن والعلم فيكون لوالده أجر ذلك من غير أن ينقص من أجر الولد شيئا(١) اه جامع الصغار للاستروشنى ، ويؤيده قوله صلى الله عليه وسلم « إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث » حموى وتمام الحديث « صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له » . وفى الأشباه : وتصح عبادته :

---

(١) (قوله شيئا) كذا وجد مكتوبا بالألف فإن كانت الرواية هكذا فهو مفعول ينقص لأنه يستعمل متعديا كما يستعمل لازما قاله نصر الوفائى .

ودرسك باقى الذكر أولى من الصلا ة نفلا ودروس العلم أولى وأنظر
وقد كرهوا والله أعلم ونحوه لأعلام ختم الدرس حين يقرر

كتاب إحياء الموات

لعل مناسبته أن فيه ما يكره وما لا يكره

الحياة نوعان : حاسة ونامية ، والمراد هنا النامية وسمى موانا لبطلان الانتفاع به وإحياؤه ببناء أو غرس أو كرب أو سقى (إذا أحيا مسلم أوذمى أرضا غير منتفع بها

واختلفوا فى ثوابها والمعتمد أنها له وللمعلم ثواب التعليم ، وكذا جميع حسناته اه .

أقول : ظاهره أنه قيل إن ثوابها لوالده فلا منافاة بين المعتمد، وبين القول بأنه ينتفع بعلم ولده على أن ولد المرء من سعيه ، لأنه من خير كسبه كما ورد لكنه يشمل البالغ ، والخلاف إنما هو فى الصغير ، وهذا يؤيد ما قلنا من أن مقابل المعتمد هو أن الثواب للأب فقط ، وأنه لامنافاة بين القولين السابقين تأمل (قوله ودرسك باقى الذكر) أى تعلمك باقى القرآن عند الفراغ أولى من صلاة التطوّع ، وعلله فى منية المفتى بأن حفظ القرآن على الأمة اه أى فرض كفاية وصلاة التطوع مندوبة ط (قوله من الصلاة) التاء من الشطر الثانى (قوله ودرس العلم) أى المفترض عليك أولى وانظر من تعلم باقى القرآن قال فى منية المفتى : لأن تعلم جميع القرآن فرض كفاية وتعلم ما لابد منه من الفقه فرض عين ، والاشتغال بفرض العين أولى اه وهو يفيد أن تعلم باقى القرآن أفضل من تعلم ما زاد على قدر الحاجة من علم الفقه ط وفيه نظر لاستوائهما فى أن كلا من الزائد منهما فرض كفاية ، بل قدمنا عن الخزانة قبيل بحث الغيبة أن جميع الفقه لابد منه الخ فراجعه . ومفاده : أن تعلم الفقه أفضل تأمل ، ثم رأيت التصريح به فى شرح الشرنبلالى وكأنه لأن نفعه متعد تأمل (قوله والله أعلم) مفعول كرهوا ، وأسكن الميم للوزن أو على حكاية الوقف (قوله ونحوه) بالنصب عطفا على محل الله أعلم كأن يقول وصلى الله على محمد (قوله لإعلام ختم الدرس) أما إذا لم يكن إعلاما بانتهائه لايكره ، لأنه ذكر وتفويض بخلاف الأول ، فإنه استعمله آلة للإعلام ونحوه إذا قال الداخل : يا ألله مثلا ليعلم الجلاس بمجيئه ليهيؤا له محلا ، ويوقروه وإذا قال الحارس : لا إله إلا الله ونحوه ليعلم باستيقاظه ، فلم يكن المقصود الذكر أما إذا اجتمع القصدان يعتبر الغالب كما اعتبر فى نظائره اه ط .

كتاب إحياء الموات

الموات كسحاب وغراب ما لا روح فيه ، أو أرض لا مالك لها قاموس . وفى المغرب : هو الأرض الخراب وخلافه العامر اه .

وجعله فى المصباح من التسمية بالمصدر ، لأنه فى الأصل مصدر مثل الموت ، وهذا حده اللغوى وزيد عليه فى الشرح قيود ستذكر قال فى العناية ، ومن محاسنه : التسبب للخصب فى أقوات الأنام ، ومشروعيته : بقوله عليه الصلاة والسلام « من أحيا أرضا ميتة فهى له » وشروطه : تذكر فى أثناء الكلام وسببه : تعلق البقاء المقدر وحكمه : تملك المحيي ما أحياه (قوله لعل مناسبته الخ) كذا فى العناية وغيرها (قوله حاسة) نسبة الحس إليها مجاز فإن الحاس الشخص الحى بها ط (قوله لبطلان الانتفاع به) تشبيها بالحيوان إذا مات لبطلان الانتفاع به إتقانى (قوله وإحياؤه الخ) قال الإتقانى والمراد بإحياء الموات التسبب للحياة النامية (قوله غير منتفع بها) لانقطاع الماء

وليست بمملوكة لمسلم ولاذمى) فلو مملوكة لم تكن مواتا فلو لم يعرف مالكها فهى لقطة يتصرف فيها الإمام ولو ظهر مالكها ترد إليه ويضمن نقصانها إن نقصت بالزرع (وهى بعيدة من القرية إذا صاح من بأقصى العامر) وهو جهورى الصوت بزازية (لايسمع بها صوته ملكها عند أبى يوسف) وهو المختار كما فى المختار وغيره واعتبر محمد عدم ارتفاق أهل القرية به وبه قالت الثلاثة .

قلت : وهذا ظاهر الرواية وبه يفتى كما فى زكاة الكبرى ذكره القهستانى وكذا فى البرجندى عن المنصورية عن قاضيخان : أن الفتوى على قول محمد فالعجب من الشرنبلالى كيف لم يذكر ذلك فليحفظ (إن أذن له الإمام فى ذلك) وقالا يملكها بلا إذنه وهذا لو مسلما فلو ذميا شرط الإذن اتفاقا ولو مستأمنا لم يملكها أصلا اتفاقا

منها أو غلبته عليها أو غلبة الرمال أو كونها سبخة ، وخرج به ما لايستغنى المسلمون عنه كأرض الملح ونحوها كما يأتى (قوله وليست بمملوكة الخ) عرف به بالطريق الأولى أن أرض الوقف الموات لا يجوز إحياؤها رملى وكذا السلطانية كما يأتى قريبا (قوله فلو مملوكة) أى لمعروف (قوله فلو لم يعرف مالكها فهى لقطة) قال فى الملتقى : الموات أرض لا ينتفع بها عادية أو مملوكة فى الإسلام ، ليس لها مالك معين مسلم أو ذمى وعند محمد إن ملكت فى الإسلام لا تكون مواتا اه ومثله فى الدرر ، والإصلاح والقدورى والجوهرة ، وقوله عادية : أى قدم خرابها كأنها خربت فى عهد عاد وبه ظهر أن ما جرى عليه الشارح تبعا للمنح ، وشرح المجمع ، وهو ظاهر عبارة المتن كالكنز والوقاية هو قول محمد .

وفى الخلاصة : وأراضى بخارى ليست بموات لأنها دخلت فى القسمة فتصرف إلى أقصى مالك فى الإسلام ، أو ورثته فإن لم يعلم فالتصرف إلى القاضى ، وقال الزيلعى : وجعل أى القدورى المملوك فى الإسلام إذا لم يعرف مالكه من الموات ، لأن حكمه كالموات حيث يتصرف فيه الإمام كما يتصرف فى الموات لا لأنه موات حقيقة اه وظاهره عدم الخلاف فى الحقيقة تأمل (قوله ويضمن) أى زراعها فى الهداية (قوله بأقصى العامر) أى من طرف الدور ، لا الأراضى العامرة قهستانى عن التجنيس (قوله جهورى الصوت) أى عاليه قاموس (قوله ملكها) جواب قوله : إذا أحيا أى ملك رقبة موضع أحياه دون غيره ، وعند أبى يوسف إن أحيا أكثر من النصف كان إحياء للجميع در منتقى وقال محمد : لو الموات فى وسط ما أحيا يكون إحياء للكل ، ولو فى ناحية فلا تاترخانية ويجب فيها العشر ، لأن ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز إلا إذا سقاها بماء الخراج هداية (قوله وهو المختار) أى اشتراط البعد المذكور ، لأن الظاهر أن مايكون قريبا من القرية لاينقطع ارتفاق أهلها عنه فيدار الحكم عليه هداية (قوله واعتبر محمد الخ) حاصله : أنه أدار الحكم على حقيقة الانتفاع قرب أو بعد (قوله كيف لم يذكر ذلك) أى أنه ظاهر الرواية المفتى به بل عبر عنه بقوله وعن محمد مع تصريحه بأن المختار الأول وذلك عجيب لما قالوا إن ما خالف ظاهر الرواية ليس مذهبا لأصحابنا ، ولا سيما إن لفظ به يفتى آكد ألفاظ التصحيح فافهم (قوله إن أذن له الإمام فى ذلك) والقاضى فى ولايته بمنزلة الإمام تاترخانية عن الناطفى .

وفيها قبيل كتاب الإحياء : سئل السمرقندى فى رجل وكل بإحياء الموات هل هو للوكيل كما فى التوكيل بالاحتطاب والاحتشاش أم للموكل كما فى سائر التصرفات قال : إن أذن الإمام للموكل بالإحياء يقع له اه (قوله وقالا يملكها بلا إذنه) مما يتفرع على الخلاف ما لو أمر الإمام رجلا أن يعمر أرضا ميتة على أن ينتفع بها ، ولا يكون له الملك فأحياها لم يملكها عنده ، لأن هذا شرط صحيح عند الإمام ، وعندهما يملكها

قهستانى (ولو تركها بعد الإحياء وزرعها غيره فالأول أحق بها) فى الأصح :

(ولو أحيا أرضا ميتة ثم أحاط الإحياء بجوانبها الأربعة من أربعة نفر على التعاقب تعين طريق الأول فى الأرض الرابعة . ومن حجر أرضا) أى منع غيره منها (بوضع علامة من حجر أو غيره ثم أهملها ثلاث سنين دفعت إلى غيره وقبلها هو أحق بها وإن لم يملكها) لأنه إنما يملكها بالإحياء والتعمير بمجرد التحجير (ولو كربها أو ضرب عليها المسناة أو شق لها نهرا أو بذرها فهو إحياء) مبسوط (ولا يجوز إحياء ما قرب من العامر) بل يترك مرعى لهم ومطرحا لحصائدهم لتعلق حقهم به فلم يكن مواتا وكذا لو كان محتطبا :

(و) اعلم أنه (ليس للإمام أن يقطع مالاغنى للمسلمين عنه) من المعادن الظاهرة وهى ماكان جوهرها

ولا اعتبار لهذا الشرط اه ، ومحل الخلاف : إذا ترك الاستئذان جهلا ، أما إذا تركه تهاونا بالإمام كان له أن يستردها زجرا أفاده المكى أى اتفاقا ط ، وقول الإمام : هو المختار ولذا قدمه فى الخانية ، والملتقى كعادتهما وبه أخذ الطحاوى وعليه المتون . بقى هل يكفى الإذن اللاحق ؟ لم أره (قوله فى الأصح) لأنه ملك رقبتها بالإحياء بدليل التعبير بلام الملك فى الحديث المار فلا تخرج عن ملكه بالترك ، وقيل الثانى أحق بناء على أن الأول ملك استغلالها دون رقبتها (قوله من أربعة نفر) أما لو كان الإحياء جميعه لواحد فله أن يتطرق إلى أرضه من أى جانب ط :

أقول : يشمل ما لو كان الإحياء من ذلك الواحد على التعاقب أيضا ، وهل الحكم فيه كذلك يحتاج إلى نقل؟ والذى يظهر لى من التعليل الآتى أنه كالأربعة تأمل (قوله على التعاقب) فلو معا له التطرق من أيها شاء ظهيرية (قوله فى الأرض الرابعة) القصد الرابع إبطال حقه ، لأنه حين سكت عن الأول والثانى والثالث صار الباقى طريقا له ، فإذا أحياه الرابع فقد أحيا طريقه من حيث المعنى ، فيكون له طريق كفاية وعناية (قوله ومن حجر) بالتشديد ، ويجوز فيه التخفيف لأن المراد فيه منع الغير من الإحياء . وفى المبسوط : اشتقاق الكلمة من الحجر وهو المنع لأنه إذا علم فى موضع الموات علامة فكأنه منع من إحياء ذلك فسمى فعله تحجيرا اه شلبى عن المجتبى ط (قوله من حجر أو غيره) قال فى غاية البيان : ثم الاحتجار يحصل بوضع الحجر على الجوانب الأربعة وكذا بوضع الشوك والحشيش مع وضع التراب عليه من غير إتمام المسناة ، وكذا إذا غرس حول الأرض أغصانا يابسة أو نقى الأرض من الحشيش أو أحرق ما فيها من الشوك وغير ذلك اه أو حفر من البئر ذراعا أو ذراعين ، وفى الأخير ورد الخبر هداية (قوله دفعت إلى غيره) لأنه تحجير ، وليس بإحياء حتى لو أحياها غيره ، قبل ثلاث سنين ملكها ، لكنه يكره كالسوم على سوم غيره ، والتقدير بالثلاث مروى عن عمر رضى الله عنه ، فإنه قال : ليس لمحتجر بعد ثلاث سنين حق در منتقى . وفى شرح خواهر زادة لمتحجر : أى بتقديم التاء على الحاء والأول أصح مغرب أى لأنه من الاحتجار (قوله وإن لم يملكها) هو الصحيح كما فى الهداية وقال شيخ الإسلام: إنه يفيد ملكا مؤقتا بثلاث سنين كما فى القهستانى ، وعليه فلو أحياها غيره فيها لا يملكها كما فى العناية ، بخلافه على القول الأول كما قدمناه (قوله ولو كربها الخ) كذا قاله الزيلعى ، ثم قال وذكر فى الهداية ولو كربها فسقاها فعن محمد أنه أحياها ، ولو فعل أحدهما يكون تحجيرا ، وإن سقاها مع حفر الأنهار كان إحياء لوجود الفعلين ، وإن حوطها وسنمها بحيث يعصم الماء يكون إحياء لأنه من جملة البناء ، وكذا إذا بذرها اه :

أقول : وذكر شراح الهداية ما ذكره الزيلعى أولا وكذا جمعوا بين النقلين فى الفتاوى ، ولم أر من رجح أحدهما على الآخر والكراب قلب الأرض للحرث من باب طلب والمسناة ما يبنى للسيل ليرد الماء مغرب (قوله ولا يجوز الخ) التقييد بالقرب مبنى على قول أبى يوسف ، وقد مر أن ظاهر الرواية اعتبار حقيقة الانتفاع قرب

الذى أودعه الله فى جواهر الأرض بارزاً (ك) معادن (الملح) والكحل والقار والنفط :

(والآبار التى يستقى منها الناس) زيلعى يعنى التى لم تملك بالاستنباط والسعى، فلو أقطع هذه المعادن الظاهرة لم يكن لإقطاعها حكم بل المقطع وغيره سواء ، فلو منعهم المقطع كان بمنعه متعديا وكان لما أخذه مالكا لأنه متعد بالمنع لابالأخذ وكف عن المنع وصرف عن مداومة العمل لئلا يشتبه إقطاعه بالصحة أو يصير معه فى حكم الأملاك المستقرة ذكره العلامة قاسم فى رسالته : أحكام إجارة إقطاع الجندى (وحريم بئر الناضح) وهى التى ينزع الماء منها بالبعير (كبئر العطن) وهى التى ينزع الماء منها باليد ، والعطن مناخ الإبل حول البئر (أربعون ذراعا من كل جانب) وقالا : إن للناضح فستون : وفى الشرنبلالية عن شرح المجمع : لو عمق البئر فوق أربعين يزاد عليها اه :

أو بعد كما أفاده الإتقانى (قوله فى جواهر الأرض) الأوضح بقاع الأرض ط وفى القاموس: الجوهر كل حجر يستخرج منه شىء ينتفع به ، ومن الشىء ما وضعت عليه جبلته اه (قوله والآبار) يوجد بعده فى بعض النسخ زيادة : ضرب عليها فى بعضها وسقطت من بعضها أصلا ، وهو الأولى :

ونصها : والآبار التى لم تملك بالاستنباط والسعى : وفى المستنبط بالسعى كالماء المحرز فى الظرف ، فملك للمحرز ، والمستنبط وتمامه فى شرح المصابيح فى حديث « المسلمون شركاء فى ثلاث فى الماء والكلإ والنار » اه فقوله : التى لم تملك الخ مكرر بما بعده ، وقوله :وفى المستنبط أى المستخرج بالحفر الأوضح أن يقول أما المستنبط ، وقوله : كالماء المحرز تنظير لاتمثيل ط ،وقوله : فملك للمحرز والمستنبط إن أراد أن الماء المحرز فى ظرف ملك للمحرز وذات البئر ملك للمستنبط فظاهر ، وإن أراد أن ماء البئر قبل إحرازه فى ظرف ملك له فهو مخالف للمنقول ، وإن وافق ما بحثه صاحب البحر فى باب البيع الفاسد ، ففى الولوالجية : ولو نزح ماء بئر رجل بغير إذنه حتى يبست لاشىء عليه ،لأن صاحب البئر غير مالك للماء ، ولو صب ماء رجل كان فى الحب يقال له املإ الماء ، لأن صاحب الحب مالك للماء وهو من ذوات الأمثال فيضمن مثله اه وسيذكر الشارح أيضا بعد صفحة أن الماء تحت الأرض لايملك (قوله فلو أقطع) فى بعض النسخ قطع بلا همز وهو تحريف (قوله وكف) بالبناء للمجهول كصرف والكاف الإمام أو جماعة المسلمين ط (قوله المستقرة) أى الثابتة فى ملكه سابقا ط (قوله وحريم بئر الناضح) الإضافة فيه وفى بئر العطن لأدنى ملابسة قهستانى : قال فى المصباح : حريم الشىء ماحوله من حقوقه ومرافقه ، يسمى به لأنه حرم على غير مالكه والناضح بعير ينضح العطن أى يبله بالماء الذى يحمله ثم استعمل فى كل بعير وإن لم يحمل الماء اه (قوله كبئر العطن) أتى بالكاف لأنه متفق عليه (قوله والعطن) بفتحتين (قوله من كل جانب) وقيل من كل الجوانب أى من كل جانب عشرة أذرع لظاهر قوله عليه الصلاة والسلام « من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا » عطنا لماشيته . والصحيح الأول لأن المقصود من الحريم دفع الضرر كى لايحفر بحريمه أحد بئرا أخرى فيتحول إليها ماء بئره وهذا الضرر لايندفع بعشرة أذرع من كل جانب فإن الأراضى تختلف بالصلابة والرخاوة عناية (قوله وقالا إن للناضح فستون) أى وإن للعطن فأربعون لقوله عليه الصلاة والسلام « حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن أربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا » ولأنه يحتاج فيه إلى أن يسير دابته للاستقاء ، وقد يطول الرشاء وبئر العطن للاستقاء منه باليد فقلت الحاجة فلابد من التفاوت هداية قال فى التاترخانية : وفى الكبرى وبه يفتى (قوله عن شرح المجمع) ومثله فى غرر الأفكار والجوهرة (قوله فوق الأربعين) أى فى بئر العطن أو فوق الستين فى بئر الناضح ، فيكون له إلى ماينتهى إليه

لـكن نسبه القهستانى لمحمد ثم قال : ويفتى بقول الإمام وعزاه للتتمة : ثم قال : وقيل التقدير فى بئر وعين بما ذكر فى أراضيهم لصلابتها، وفى أراضينا رخاوة فيزاد لئلا ينتقل الماء إلى الثانى وعزاه للهداية ، وعزاه البرجندى للكافى فليحفظ (إذا حفرها فى موات بإذن الإمام) فلو فى غير موات أوفيه بلا إذن الإمام لم يكن الحكم كذلك كذا ذكره المصنف .

وعبارة القهستانى : وفيه رمز إلى أنه لو حفر فى ملك الغير لايستحق الحريم ، فلو حفر فى ملكه فله من الحريم ماشاء وإلى أن الماء لو غلب على أرض تركها الملاك أو ماتوا أو انقرضوا لم يجز إحياؤها فلو تركها الماء بحيث لايعود إليها ولم تكن حريما لعامر جاز إحياؤها وعزاه للمضمرات (وحريم العين خمسمائة) ذراع (من كل جانب) كما فى الحديث . والذراع هو المكسرة وهو ست قبضات وكان ذراع الملك أى ملك الأكاسرة سبع قبضات فكسر منه قبضة (ويمنع غيره من الحفر) وغيره (فيه) لأنه ملكه فلو حفر فللأول ردمه أو تضمينه

الحبل إتقانى عن الطحاوى ، وفى التاترخانية عن الينابيع ولا حاجة إلى الزيادة ؛ ومن احتاج إلى أكثر من ذلك يزيد عليه وكان الاعتبار للحاجة لاللتقدير ولا يكون فى المسألة خلاف فى المعنى اه ونقل العلامة قاسم فى تصحيحه عن مختارات النوازل أن الصحيح اعتبار قدر الحاجة فى البئر من كل جانب (قوله ويفتى بقول الإمام) وقدم الإفتاء بقولهما أيضا لكن ظاهر المتون والشروح ترجيح قوله : فإنهم قرروا دليله وأيدوه بما لامزيد عليه وأخر فى الهداية دليله ، فاقتضى ترجيحه أيضا كما هو عادته ، وذكر ترجيحه العلامة قاسم فى تصحيحه (قوله وعزاه البرجندى للكافى) وكذا ذكره الولوالجى جازما به ط لـكن تعبير الهداية والكافى عنه بقيل يفيد ضعفه (قوله بإذن الإمام) أى عنده وبدونه عندهما لأن حفر البئر إحياء هداية (قوله لم يكن الحكم كذلك) أى لم يثبت له الحريم المذكور ؛ لتوقف الملك فى الإحياء على الإذن عنده ، وبدونه يجعل الحفر تحجيرا كما يأتى (قوله وفيه رمز) أى فى قولهم فى موات (قوله لو حفر فى ملك الغير) أى بإباحة للبقعة أو بشرائها أو نحو ذلك (قوله فلا حريم له(١)) أى إلا أن يشترطه ، والظاهر أن له الاستقاء باليد لأنه لاينتفع به إلا بالاستقاء ويحرر : ثم رأيت فى الهندية بئر لرجل فى دار غيره لم يكن لصاحب البئر حق إلقاء الطين فى داره إذا حفر البئر خانية ، فالمنع عن الإلقاء لاعن الاستقاء فتدبر ط وانظر ماسيأتى فى النهر والحوض (قوله أو انقرضوا) يغنى عنه قوله أو ماتوا (قوله لم يجز إحياؤها) بل هى لقطة وتقدم الـكلام عليها (قوله فلو تركها الماء) لاحاجة إلى نقله للاستغناء عنه بما يأتى فى المتن ط (قوله من كل جانب) وقيل من الجوانب الأربعة نظير مامر (قوله والذراع هو المكسرة) كذا فى النسخ تبعا للهداية ، والأولى هى بضمير المؤنث لأن الذراع مؤنثة كما فى المغرب ، لـكن ذكر بعضهم أنها تذكر وتؤنث ولينظر هل يجوز اعتبارهما فى كلام واحد كما هنا (قوله وهو ست قبضات) كل قبضة أربع أصابع قهستانى ؛ وهذه تسمى ذراع العامة ، وذراع الـكرباس ؛ لأنها أقصر من ذراع الملك وهى ذراع المساحة كما فى غاية البيان ؛ وفسر الذراع فى الحاوى القدسى هنا بذراع العرب فقال : والذراع من المرفق إلى الأنامل ذراع العرب اه (قوله سبع قبضات) كذا أطلقه فى المغرب وغيره . وقال الإتقانى فى غاية البيان : سبع قبضات مع ارتفاع الإبهام فى كل مرة اه وفيه خلاف تقدم فى الطهارة (قوله فكسر منه قبضة) ولذا سمى مكسرة (قوله فللأول ردمه) أى بلا تضمين أو تضمينه أى تضمينه النقصان ؛ ثم يرد منه بنفسه فتقوم الأرض بلا حفر ومع الحفر فيضمنه نقصان

---

(١) (قوله قوله فلا حريم له) كذا بالأصل ، والذى فى نسخ الشارح بدله لايستحق الحريم اه مصححه .

وتمامه فى الدرر (ولو حفر الثانى بئرا فى منتهى حريم البئر الأولى بإذن الإمام فذهب ماء البئر الأولى وتحول إلى الثانية فلا شيء عليه) لأنه غير متعدّ والماء تحت الأرض لا يملك فلا مخاصمة (كمن بنى حانوتا بجنب حانوت غيره فكسدت) الحانوت (الأولى بسببه) فإنه لا شيء عليه درر وزيلعى .

وفيه لو هدم جدار غيره فلصاحبه أن يؤاخذه بقيمته لا ببناء الجدار هو الصحيح (وللحافر الثانى الحريم من الجوانب الثلاثة دون جانب الأولى) لسبق ملك الأول فيه (وللقناة) هى مجرى الماء تحت الأرض (حريم بقدر ما يصلحه) لإلقاء الطين ونحوه . وعن محمد كالبئر ولو ظهر الماء فكالعين . وفى الاختيار فوضه لرأى الإمام أى لو بإذنه ، وإلا فلا شيء له ذكره البرجندى (وحريم شجر يغرس فى الأرض الموات خمسة أذرع من كل جانب) فليس لغيره أن يغرس فيه ، ويلحق ما امتنع عود دجلة والفرات إليه بالموات (إذا لم يكن) ذلك (حريما) لعامر (فإن) كان حريما أو (جاز عوده لم يجز إحياؤه) لأنه ليس بموات (والنهر فى ملك الغير لا حريم

ما بينهما إتقانى (قوله وتمامه فى الدرر) ولصه فإن حفر فللأول أن يسده ، ولا يضمنه النقصان وأن يأخذه بكبس ما احتفره ، لأن إزالة جناية حفره به كما فى كناسة يلقيها فى دار غيره يؤخذ برفعها ، وقيل يضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه كما إذا هدم جدار غيره وهذا هو الصحيح اه ومثله فى الهداية ، وفيها وماعطب فى الأولى فلاضمان فيه لأنه غير متعد ولو بلا إذن الإمام . أما عندهما فظاهر وأما عنده فلأنه يجعل الحفر تحجيرا وهو بسبيل منه بلا إذن وإن كان لا يملكه بدونه ، وما عطب فى الثانية فيه الضمان لتعديه بالحفر فى ملك غيره اه ملخصا (قوله فى منتهى حريم البئر الأولى) أى فى قرب المنتهى ، لأن نهاية الشيء آخره كما فى القاموس وآخره بعض منه أو أراد بالمنتهى ما قرب منه وعبارة الهداية وراء حريم الأولى ، وعبارة الدرر فى غير حريم الأولى قريبة منه اه (قوله وفيه) أى فى الزيلعى ، وذكره هذه المسألة هنا فى غير محلها ومحلها ما قدمناه عن الدرر (قوله لا ببناء الجدار) قيل إلا إذا كان جديدا ، واستثنى فى الأشباه جدار المسجد فيؤمر بإعادته مطلقا وحققنا المسألة أول كتاب الغصب بما لا مزيد عليه فراجعه (قوله وللحافر الثانى الخ) قال أبو السعود يفهم منه أنه لو حفر ثالث كان له الحريم من الجانبين حموى عن المقدسى اه (قوله وعن محمد كالبئر) قال الإتقانى قال المشايخ : الذى فى الأصل أى من أن القناة كالبئر قولهما وعنده لا حريم لها لأنها بمنزلة النهر مالم يظهر ماؤها على وجه الأرض ولا حريم للنهر عنده فإن ظهر كالعين الفوارة حريمها خمسمائة ذراع (قوله فوّضه لرأى الإمام) أى فوض تقدير حريمها لأنه لانص فى الشرع إتقانى عن الشامل (قوله أى لو بإذنه) أى لو كان الإحياء بإذن الإمام لأنه شرط عند الإمام ، وإلا فلا يملك ما أحيا ولا يستحق له حريما (قوله يغرس) أى بإذن الإمام اتفاقا وبغير إذنه عندهما إتقانى (قوله خمسة أذرع) لأنه يحتاج إلى أن يجذ ثمره ويضعه فيه ، والتقدير بالخمسة ورد الحديث به كما فى الهداية ، وذكر الرملى أن مقتضى ما ذكره فى الينابيع فى حريم البئر أن الاعتبار للحاجة لا للتقدير أن يكون هنا كذلك ، لأنه يختلف الحال بكبر الشجرة وصغرها (قوله دجلة والفرات) أى مثلا فيدخل فيه النيل ، وظاهره ولو أخذ من أرض الغير فى الناحية التى جرى فيها ، فليس له أن يأخذ من المنزول عنه بمثل ما أخذ من أرضه ط (قوله بالموات) متعلق بيلحق فيجوز إحياؤه ، لأنه صار كسائر الأراضى التى لاينتفع بها وليس لها مالك معين (قوله أو جاز عوده الخ) ينبغى حمله على ما إذا لم يكن لعوده زمان مخصوص لما فى الخانية واد على شط جيحون يجمع فيه الماء أيام الربيع ثم يذهب فزرع فيه قوم فأدرك قال أبو القاسم : الزرع لصاحب البذر ورقبة الوادى لمن علمت لهم ، وإلا فلمن أحياها اه فمفاده أنه لو كان لعوده زمان مخصوص يجوز إحياء ذلك الموضع تأمل (قوله والنهر فى ملك الغير لاحريم له الخ) قيل إن هذه المسألة مبنية على أن من أحيا نهرا فى موات لايستحق له حريما

إلا له ببرهان) وقالا له مسناة النهر لمشيه ولقى طينه . وقدره محمد بقدر عرض النهر من كل جانب ، وهو أرفق ملتقى ؛ وقدره أبو يوسف بنصف بطن النهر وعليه الفتوى قهستانى معزيا للكرمانى ، وفيه معزيا للاختيار والحوض على هذا الاختلاف . وفيه معزيا للكافى ولو كان النهر صغيرا يحتاج إلى كريه فى كل حين فله حريم بالاتفاق وفيه معزيا للكرمانى إن الخلاف فى نهر مملوك له مسناة فارغة بلزقها أرض لغير صاحب النهر فالمسناة له عندهما ولصاحب الأرض عنده وفيه معزيا للتتمة الصحيح أن له حريما بالاتفاق بقدر مايحتاج إليه لإلقاء الطين ونحوه اهـ ؛

قلت : وممن نقل الاتفاق الشرنبلالى عن الاختيار وشرح المجمع ؛

عنده ، وعندهما يستحقه . وقال عامتهم : الصواب أنه يستحقه بالإجماع إتقانى عن شروح الجامع الصغير ثم نقل عن المحققين أيضا أنها ليست مبنية على ذلك ، وأن للنهر فى الموات حريما اتفاقا ، ومثله فى الاختيار : زاد الإتقانى : وإنما الخلاف فيما إذا لم يعرف أن المسناة في يد من هى بأن كانت متصلة بالأرض مساوية لها ، ولم تكن أعلى منها اهـ فلو بينهما فاصل كحائط ونحوه فالمسناة لصاحب النهر بالإجماع عناية ، ولو مشغولة بغرس لأحدهما أو طين ونحوه فهى لصاحب الشغل بالاتفاق تصحيح قاسم ، ومثله فى الزيلعى حيث قال بعد كلام فينكشف بهذا موضع الخلاف ، وهو أن يكون الحريم موازيا للأرض لافاصل بينهما ، وأن لا يكون الحريم مشغولا بحق أحدهما معينا معلوما ، وإن كان فيه أشجار ولا يدرى من غرسها فهو على هذا الاختلاف اهـ ومثله فى الهداية وغيرها ، ومنه مايأتى عن الكرمانى ، وهذا كله يؤيد مامر من تصحيح الاتفاق على أنه لو فى موات فله حريم ، ومافى الهندية من إجرائه الخلاف فى الموات أيضا فهو مقابل للصحيح بل محل الخلاف فيما لو كان فى ملك الغير كما فرضه المصنف ، ثم فى الهداية ولا نزاع فيما به استمساك الماء إنما النزاع فيما وراءه مما يصلح للغرس (قوله وقالا الخ) ثمرة الاختلاف أن ولاية الغرس لصاحب الأرض عنده ، وعندهما لصاحب النهر ، وأما إلقاء الطين فقيل على الخلاف ، وقيل : لصاحب النهر ذلك مالم يفحش ، وهو الصحيح ، وأما المرور فقيل يمنع صاحب النهر عنه ، وقيل لا للضرورة وهو الأشبه قال الفقيه أبو جعفر : آخذ بقوله فى الغرس وبقولهما فى إلقاء الطين كفاية وهداية (قوله لمشيه) أى ليجرى الماء إذا احتبس (قوله ولقى طينه) كذا فى النسخ والأولى وإلقاء طينه وفى القاموس لقاه الشىء ألقاه إليه واللقى كفتى ماطرح جمعه ألقاء اهـ تأمل (قوله بقدر عرض النهر) عبارة الهداية وغيرها بقدر بطنه والمعنى واحد ، لأن النهر اسم للحفرة (قوله وقدره) يعنى بعد مااتفقا على أن له مسناة اختلفا فى تقديرها (قوله معزيا للكفاية (١)) قال فى الكفاية قال أبو جعفر الهندوانى فى كشف الغوامض : الاختلاف فى نهر كبير لايحتاج إلى كريه فى كل حين الخ وقال فى العناية بعد نقله لمجموع عبارته : وظاهر كلام المصنف أى صاحب الهداية ينافيه (قوله له مسناة فارغة) قدمنا بيان محترزه (قوله وفيه معزيا للتتمة) قد علمت مما قدمناه أن تصحيح الاتفاق فيما لو أحياه فى أرض موات وكلامه فيما لو كان فى ملك الغير وفيه الخلاف ، وقدمنا بيان موضع الخلاف عن عدة كتب ، لكن مفاد كلام المجمع أن الاتفاق فيما لو كان فى ملك الغير فإنه بعد مانقل الخلاف فيه قال وقيل له بالاتفاق اهـ ومثله فى درر البحار ، وعليه فالاتفاق جار فى الموضعين تأمل ؛

[خاتمة] بنى قصرا فى مفازة لايستحق حريما ، وإن احتاجه لإلقاء الكناسة فيه اتفقا على أن يخرجا نفقة لحفر بئر على أنه لأحدهما وحريمه لآخر لايجوز وهما بينهما ، وإن على أن يكونا بينهما نصفين على أن ينفق أحدهما أكثر لم يجز ولمن أنفق أكثر أن يرجع بنصف الزيادة ، وإن على أن يحفرا نهرا لأحدهما وأرضا للآخر لم يجز حتى يكون بينهما ولمن أنفق أكثر أن يرجع تاترخانية ملخصا والله تعالى أعلم ؛

---

(١) (قوله قوله معزيا للكفاية) الذى كتب عليه ط للكافى وهو الذى بأيدينا من نسخ الشارح وحرره اهـ مصححه .

فصل الشرب

هو لغة (نصيب الماء) وشرعا نوبة الانتفاع بالماء سقيا للزراعة والدواب (والشفة شرب بنى آدم والبهائم) بالشفاء (ولكل حقها فى كل ماء لم يحرز بإناء) أو حب (و) لكل (سقى أرضه من بحر أو نهر عظيم كدجلة والفرات ونحوهما) لأن الملك بالإحراز ولا إحراز لأن قهر الماء يمنع قهر غيره (و) لكل (شق نهر لسقى أرضه منها أو لنصب الرحى إن لم يضر بالعامة) لأن الانتفاع بالمباح إنما يجوز إذا لم يضر بأحد كالانتفاع بشمس وقمر

فصل الشرب

ذكره بعد الموات لاحتياج الموات إليه وفصل بالتنوين مبتدأ خبره مابعده أو خبر مبتدإ محذوف . وفى القاموس الشرب بالكسر الماء والحظ منه أو المورد ووقت الشرب ، وجعله القهستانى اسم مصدر تأمل (قوله لغة نصيب الماء) قال الزيلعى : صوابه من الماء اه وقد يجاب بأن الإضافة على معنى من كخاتم حديد قال في الدر المنتقى : وإنما خالف دأبه وذكر المعنى اللغوى دون الشرعى ، لئلا يتوهم أنه مراد فى هذا المقام ذكره القهستانى وغيره اه (قوله وشرعا نوبة الانتفاع بالماء)أى وقته وزمانه وهو معنى لغوى أيضا كما مر ، وانظر ماوجه إرادة المعنى الأول هنا دون الثانى مع أنه يصح إرادة كل منهما فيما يظهر (قوله والشفة) بفتحتين والأصل شفه أو شفوفا أبدلت الواو تخفيفا قهستانى (قوله شرب بنى آدم والبهائم) فتكون أخص من الشرب لاختصاصها بالحيوان دونه (قوله بالشفاه) هذا أصله ، والمراد استعمال بنى آدم لدفع العطش أو للطبخ ، أو الوضوء ، أو الغسل ، أو غسل الثياب ونحوها كما فى المبسوط ، والمراد به فى حق البهائم الاستعمال للعطش ونحوه مما يناسبها أفاده القهستانى (قوله ولكل) أى من بنى آدم والبهائم قهستانى (قوله حقها) أى حق الشفة ، وعبر بالحق ؛ لأنه ليس ملكا لهم لأنه غير محرز أفاده القهستانى (قوله فى كل ماء لم يحرز) اعلم أن المياه أربعة أنواع . الأول : ماء البحار ولكل أحد فيها حق الشفة ؛ وسقى الأراضى فلا يمنع من الانتفاع على أى وجه شاء ، والثانى : ماء الأودية العظام كسيحون ، وللناس فيه حق الشفة مطلقا وحق سقى الأراضى إن لم يضر بالعامة . والثالث : مادخل فى المقاسم أى المجارى المملوكة لجماعة مخصوصة ، وفيه حق الشفة . والرابع : المحرز فى الأوانى ينقطع حق غيره عنه وتمامه فى الهداية .

وحاصله : أن لكل أحد فى الأولين حق الشفة والسقى لأرضه وفى الثالث حق الشفة فقط ولا حق فى الرابع لأحد (قوله لم يحرز بإناء) الأولى فى إناء ، فلو أحرزه فى جرة أو حب أو حوض مسجد من نحاس أو صفر أو جص وانقطع جريان الماء فإنه يملكه ، وإنما عبر بالإحراز : أى لا الأخذ إشارة إلى أنه لو ملأ الدلو من البئر ولم يبعده من رأسها لم يملكه عند الشيخين إذ الإحراز جعل الشىء فى موضع حصين ، وإلى أنه لو اغترف الماء من حوض الحمام بإناء الحمامى ، فإنه يبقى على ملك الحمامى ، لكنه أحق به من غيره كما فى المنية وغيرها قهستانى (قوله أو حب) بالحاء المهملة هو الخابية كما يأتى قال ط : ولا حاجة إليه فإن الإناء يعمه على مايلزم عليه من عطف الخاص على العام بأو اه وفى نسخة بالجيم ، وهو تحريف ، لأن الجب البئر كما فى القاموس ، والماء فى البئر غير مملوك كما فى الهداية وقدمناه ويأتى لكن فسره بعضهم بالصهريج ، فيصح أيضا كما يأتى بيانه (قوله كدجلة) بالكسر والفتح نهر بغداد قاموس (قوله والفرات) كغراب نهر فى الكوفة قاموس (قوله ونحوهما) كسيحون وهو نهر الترك وجيحون نهر خوارزم عناية (قوله ولا إحراز) أى فى هذه الأنهار (قوله ولكل) أى لكل أحد (قوله منها) أى من هذه المياه الغير المملوكة (قوله إن لم يضر بالعامة) فإن أضر بأن يفيض الماء ويفسد حقوق الناس أو ينقطع الماء عن النهر الأعظم أو يمنع جريان السفن تتارخانية ، فلكل واحد مسلما كان أو ذميا أو مكاتبا منعه بزازية ، وظاهر ماقدمناه عن الهداية أن هذا فى الأنهار ، أما فى البحر فإنه ينتفع وإن ضر وبه صرح القهستانى

وهواء (لاسقى دوابه إن خيف تخريب النهر لكثرتها ولا) سقى (أرضه وشجره وزرعه ولصب دولاب) ونحوها (من نهر غيره وقناته وبئره إلا بإذنه) لأن الحق له فيتوقف على إذنه :

(وله سقى شجر أو خضر زرع فى داره حملا إليه بجراره) وأوانيه (فى الأصح) وقيل لا إلا بإذنه (والمحرز فى كوز وحب) بمهملة مضمومة الخابية (لا ينتفع به إلا بإذن صاحبه) لملكه بإحرازه :

تأمل (قوله لاسقى دوابه الخ) هذا المصدر يتعلق به قوله الآتى من نهر غيره وهذا شروع فى النوع الثالث من الأربعة التى قدمناها :

وحاصله : أن له حق الشفة لنفسه فيما دخل فى المقاسم المملوكة وكذا لدوابه إلا إذا خيف تخريب النهر بكثرتها لا سقى أرضه ونحوه : قال الزيلعى : والشفة إذا كانت تأتى على الماء كله بأن كان جدولا صغيرا وفيما يرد عليه من المواشى كثرة تقطع الماء قال بعضهم لايمنع وقال أكثرهم يمنع للضرر اه وجزم بالثانى فى الملتقى (قوله ولا سقى أرضه الخ) اضطر إلى ذلك أولا ولا ضمان عليه إن سقى أرضه أو زرعه من غير إذن ، وإن أخذ مرة بعد مرة يؤدبه السلطان بالضرب والحبس إن رأى ذلك خانية ط (قوله إلا بإذنه) لأن الماء متى دخل فى المقاسم انقطع شركة الشرب عنه بالكلية هداية ، وفى الخانية : نهر خاص بقوم ليس لغيرهم أن يسقى بستانه أو أرضه إلا بإذنهم ، فإن أذنوا إلا واحدا أو كان فيهم صبى أو غائب لايسع الرجل أن يسقى منه زرعه أو أرضه اه (قوله أو خضر) جمع خضرة وهى فى الأصل لون الأخضر فسمى به ولذا جمع مغرب (قوله زرع) الظاهر أنه فعل ماض مبنى للمجهول صفة لما قبله ، وذكر الضمير للعطف بأو ، ولأن ماقبله من اسم الجنس الجمعى الذى يفرق بينه وبين واحده بالتاء غالبا ، والأكثر فيه التذكير نحو — إليه يصعد الكلم الطيب — يحرفون الكلم عن مواضعه — (قوله بجراره) بكسر الجيم جمع جرة : وهو مايعمل من الخزف ويجمع أيضا على جرر قاموس ط (قوله فى الأصح) كذا فى الهداية والتبيين والملتقى وغيرها (قوله وقيل لا إلا بإذنه) قال فى الخانية والوجيز وهو الأصح فهما قولان مصححان :

[فرع] العين أو الحوض الذى دخل فيه الماء بغير إحراز واحتيال فهو بمنزلة النهر الخاص ط (قوله والمحرز فى كوز أو حب) مثله المحرز فى الصهاريج التى توضع لإحراز الماء فى الدور كما حرره الرملى فى فتاواه وحاشيته على البحر ، وأفتى به مرارا وقال : إن الأصل قصد الإحراز وعدمه ، ومما صرحوا به لو وضع رجل طستا على سطح ، فاجتمع فيه ماء المطر فرفعه آخر ، إن وضعه الأول لذلك فهو له وإلا فللرافع اه ويشهد له ماقدمناه عن القهستانى (قوله لاينتفع به الخ) إذ لاحق فيه لأحد كما قدمناه (قوله لملكه بإحرازه) فله بيعه ملتقى :

[تنبيه] فى الذخيرة والهندية : عبد أو صبى أو أمة ملأ الكوز من الحوض ، وأراق بعضه فيه لايحل لأحد أن يشرب من ذلك الحوض ، لأن الماء الذى فى الكوز يصير ملكا للآخذ ، فإذا اختلط بالماء المباح ولايمكن التمييز لايحل شربه ، ولو أمر صبيا أبوه أو أمه بإتيان الماء من الوادى أو الحوض فى كوز ، فجاء به لايحل لأبويه أن يشربا من ذلك الماء إذا لم يكونا فقيرين ، لأن الماء صار ملكه ولا يحل لهما الأكل من ماله بغير حاجة : وعن محمد : يحل لهما ولو غنيين للعرف والعادة حموى عن الدراية ، وفى هذين الفرعين حرج عظيم ط :

أقول : وفى كل منهما إشكال أيضا ، أما الأول فلأن العبد لايملك ، وإن ملك فيكون لمالكه ، لأنه مالك أكسابه ، ولأنه لم يبين متى يحل الشرب منه وهل ثم فرق بين الحوض الجارى ، أو مافى حكمه وبين غيره ؟ وينبغى أن يعتبر غلبة الظن بأنه لم يبق مما أريق فيه شىء منه بسبب الجريان أو النضح ، وإلا يلزم هجر الحوض ،

(ولو كانت البئر أو الحوض أو النهر فى ملك رجل فله أن يمنع مريد الشفة من الدخول فى ملكه إذا كان يجد ماء بقربه فإن لم يجد يقال له) أى لصاحب البئر ونحوه (إما أن تخرج الماء إليه أوتتركه) ليأخذ الماء (بشرط أن لايكسر ضفته) أى جانب النهر ونحوه (لأن له حينئذ حق الشفة) لحديث أحمد « المسلمون شركاء فى ثلاث فى الماء والكلإ والنار » (وحكم الكلأ كحكم الماء فيقال للمالك إما أن تقطع وتدفع إليه وإلا تتركه ليأخذ قدر ما يريد) زيلعى .

وعدم الانتفاع به أصلا ، ويمكن أن يعتبر بالنجاسة فيحل الشرب من نحو البئر بالنزح ومن غيرها بالجريان بحيث لو كان نجاسة لحكم بطهارتها فليتأمل . وأما الثانى فلأن للأب أن يستخدم ولده . قال فى جامع الفصولين : وللأب أن يعير ولده الصغير ليخدم أستاذه لتعليم الحرفة وللأب أو الجد أو الوصى استعماله بلا عوض بطريق التهذيب والرياضة اه . إلاأن يقال لايلزم من ذلك عدم ملكه لذلك الماء المباح وإن أمره به أبوه والله تعالى أعلم (قوله إذا كان يجد ماء بقربه) زاد فى الهداية فى غير ملك أحد . قال العلامة المقدسى : ولم أر تقدير القرب ، وينبغى تقديره بالميل كما فى التيمم (قوله ضفته) بالفتح والكسر كذا فى المغرب وفى الديوان بالكسر جانب النهر وبالفتح جماعة الناس إتقانى (قوله المسلمون شركاء فى ثلاث) أى شركة إباحة لاشركة ملك ، فمن سبق إلى شيء من ذلك فى وعاء أو غيره وأحرزه فهو أحق به وهو ملك له دون من سواه يجوز له تمليكه بجميع وجوه التمليك ، وهو موروث عنه وتجوز فيه وصاياه ، وإن أخذه أحد منه بغير إذنه ضمنه ، ومالم يسبق إليه أحد فهو لجماعة المسلمين مباح ليس لأحد منع من أراد أخذه للشفة إتقانى عن الكرخى (قوله والكلأ) هو ماينبسط وينتشر ولا ساق له كالإذخر ونحوه والشجر ماله ساق ، فعلى هذا الشوك من الشجر لأن له ساقا ، وبعضهم قالوا الأخضر ، وهو الشوك اللين الذى يأكله الإبل كلأ والأحمر شجر وكان أبو جعفر يقول : الأخضر ليس بكلأ ، وعن محمد فيه روايتان ، ثم الكلام فى الكلأ على أوجه أعمها ما نبت فى موضع غير مملوك لأحد ، فالناس شركاء فى الرعى والاحتشاش منه كالشركة فى ماء البحار وأخص منه ، وهو مانبت فى أرض مملوكة بلا إنبات صاحبها ، وهو كذلك إلا أن لرب الأرض المنع من الدخول فى أرضه ، وأخص من ذلك كله وهو أن يحتش الكلأ أو أنبته فى أرضه فهو ملك له ، وليس لأحد أخذه بوجه لحصوله بكسبه ذخيرة وغيرها ملخصا .

قال ط : والقير والزرنيخ والفيروزج كالشجر ، ومن أخذ من هذه الأشياء ضمن خزانة المفتين ، والحطب فى ملك رجل ليس لأحد أن يحتطبه بغير إذنه ، وإن كان غير ملك فلا بأس به ، ولا يضر نسبته إلى قرية أو جماعة مالم يعلم أن ذلك ملك لهم ، وكذلك الزرنيخ والكبريت والثمار فى المروج والأودية مضمرات ، ويملك المحتطب الحطب بمجرد الاحتطاب وإن لم يشده ولم يجمعه ، ولو أخذ الماء من أرض غير التى جعلت مملحة فلا شيء عليه ، وإن صار الماء ملحا فليس له أخذه ، والطين الذى جاء به النهر فى ملك إنسان لايجوز لأحد أخذه وضمن إن أخذه بلاإذن اهونحوه فى التتارخانية (قوله والنار) يعنى إذا أوقد نارافى مفازة فإنها تكون مشتركة بينه وبين الناس أجمع ، فمن أراد أن يستضيء بضوئها أو يخيط ثوبا حولها ، أو يصطلى بها ، أو يتخذ منها سراجا ليس لصاحبها منعه ، فأما إذا أوقدها فى موضع مملوك فإن له منعه من الانتفاع بملكه ، فأما إذا أراد أن يأخذ من فتيلة سراجه أو شيئا من الجمر فله منعه لأنه ملكه إتقانى عن شيخ الإسلام .

وفى الذخيرة : إذا أراد الأخذ من الجمر ، فإن شيئا له قيمة إذا جعله صاحبه فحماله أنه يسترده منه ، وإن يسيرا لاقيمة له فلا وله أخذه بلا إذن صاحبه (قوله فيقال للمالك الخ) أى إن لم يجد كلأ فى أرض مباحا قريبا من تلك

(ولو منعه الماء وهو يخاف على نفسه ودابته العطش كان له أن يقاتله بالسلاح) لأثر عمر رضي الله عنه (وإن كان محرزا فى الأوانى قاتله بغير السلاح) كطعام عند المخمصة درر (إذا كان فيه فضل عن حاجته) لملكه بالإحراز فصار نظير الطعام ، وقيل فى البئر ونحوها فالأولى أن يقاتله بغير سلاح ، لأنه ارتكب معصية فكان كالتعزير كافى :

(وكرى نهر) أى حفره (غير مملوك من بيت المال فإن لم يكن ثمة) أى فى بيت المال (شىء يجبر الناس على كريه إن امتنعوا عنه) دفعا للضرر (وكرى) النهر (المملوك على أهله ويجبر من أبى منهم) على ذلك

الأرض ط عن الهندية : وهذا إذا كان الكلأ نابتا فى ملكه بلا إنباته ، ولم يحتشه وظاهر كلامهم أن النار الموقدة فى ملكه ليست كذلك ، فلا يجب عليه إخراجها للطالب ، ووجه الفرق فيما يظهر لى أن الشركة ثابتة فى عين الماء والكلأ لا فى عين الجمر ، فلا يجب عليه أن يخرج له الجمر ليصطلى به ، لأنه لا شركة لغيره فيه ولذا له استرداد جمر له قيمة ممن أخذه بخلاف الكلأ والماء الغير المحرزين ، فلو أخذهما أحد من أرضه لا يستردهما منه ، لأن الشركة فى عينهما تأمل : ثم رأيت فى النهاية : أن الشركة التى أثبتها رسول الله صلى الله عليه وسلم فى النار والنار جوهر الحر دون الحطب والفحم ، إلا إن كان لا قيمة له لأنه لا يمنع عادة والمانع متعنت (قوله ولو منعه الماء) أى منعه صاحب البئر أو الحوض أو النهر الذى فى ملكه بأن لم يمكنه من الدخول ، ولم يخرجه إليه ولم يجد ماء بقربه (قوله وهو) أى الشخص الممنوع (قوله ودابته) عبر القهستانى بأو وكذا فى كتاب الخراج لأبى يوسف وشرح الطحاوى كما نقله الإتقانى (قوله كان له أن يقاتله بالسلاح) لأنه قصد إتلافه بمنع حقه وهو الشفة والماء فى البئر مباح غير مملوك ، بخلاف المحرز فى الإناء هداية (قوله لأثر عمر) وهو ماذكره الإتقانى عن كتاب الخراج لأبى يوسف إن قوما وردوا ماء فسألوا أهله أن يدلوهم على البئر فلم يدلوهم عليها فقالوا : إن أعناقنا وأعناق مطايانا قد كادت تتقطع من العطش ، فدلوا على البئر ، وأعطوا دلوا نستقى ، فلم يفعلوا فذكروا ذلك لعمر بن الخطاب فقال : فهلا وضعتم فيهم السلاح (قوله قاتله بغير سلاح) أى ويضمن له ما أخذ لأن حل الأخذ للاضطرار لا ينافى الضمان كما قدمناه أول الحظر والإباحة ، وذكر الإتقانى أنه لو منعه الدلو فإن كان لصاحب البئر قاتله بغير سلاح وإن للعامة قاتله بالسلاح (قوله إن كان فيه فضل عن حاجته) بأن كان يكفى لرد رمقهما ، فيأخذ منه البعض ويترك البعض وإلا تركه لمالكه نهاية (قوله الأولى الخ) يشير إلى أنه يجوز أن يقاتله بالسلاح حيث جعل الأولى أن لا يقاتله به ، فيكون موافقا لما ذكرنا زيلعى يعنى أنه لا يخالف ما مر من أن له أن يقاتله لاتفاق العبارتين على الجواز (قوله وكرى نهر) وكذا إصلاح مسناته إن خيف منها تتارخانية (قوله أى حفره) قال القهستانى : كرى النهر إخراج الطين ونحوه منه فالكرى مختص بالنهر ، بخلاف الحفر على ماقاله البيهقى إلا أن كلام المطرزى يدل على الترادف اه وعليه مشى الشارح (قوله غير مملوك) أى لم يدخل ماؤه فى المقاسم كالنيل والفرات قهستانى (قوله من بيت المال) خبر المبتدأ أى مال الخراج والجزية دون العشر والصدقات ، لأن الثانى للفقراء والأول للنوائب هداية (قوله يجبر الناس) أى الذين يطيقون الكرى ومؤنتهم من مال الأغنياء الذين لا يطيقونه قهستانى (قوله وكرى النهر المملوك) بأن دخل فى المقاسم ، وهو عام وخاص ، والفاصل بينهما أن ماتستحق به الشفعة خاص وما لا فعام واختلف فى تحديد ذلك فقيل : الخاص ما كان لعشرة أو عليه قرية واحدة وقيل : لما دون أربعين وقيل مائة وقيل ألف وغير ذلك عام ، والأصح تفويضه لرأى المجتهد فيختار : أى قول شاء كفاية عن الخانية ملخصا ، وقدمناه فى الشفعة قال الاتقانى ، ولكن أحسن ماقيل فيه إن كان لدون مائة فالشركة خاصة

(وقيل فى الخاص لا يجبر) وهل يرجعون إن بأمر القاضى نعم .

(ومؤنة كرى النهر المشترك عليهم من أعلاه فإذا جاوزوا أرض رجل) منهم (برئ) من مؤنة الكرى وقالا : عليهم كريه من أوله إلى آخره بالحصص كما يستوون فى استحقاق الشفعة ولا كرى (وعلى أهل الشفعة

وإلا فعامة لاشفعة فيها للكل وإنما هى للجار (قوله وقيل فى الخاص لايجبر) قال القهستانى فى العام: لو امتنع عنه كلهم أو بعضهم يجبرون عليه وفى الخاص لو امتنع الكل لايجبرون إلا عند بعض المتأخرين ، ولو امتنع البعض أجبر على الصحيح كما فى الخزانة اه وقوله : لايجبرون هو ظاهر الرواية كما فى الكفاية (قوله وهل يرجعون) أى على الآبى بما أنفقوا هداية (قوله إن بأمر القاضى نعم) أى أمره الباقين بكرى نصيب الآبى على أن يستوفوا مؤنة الكرى من نصيبه من الشرب مقدار ما يبلغ قيمة ما أنفقوا عليه ذخيرة ، وفيها : وإن لم يرفعوا الأمر إلى القاضى ، هل يرجعون على الآبى بقسطه من النفقة ، ويمنع الآبى من شربه ، حتى يؤدى ماعليه قيل : نعم وقيل : لا وذكر فى عيون المسائل : أن الأول قول أبى حنيفة وأبى يوسف فليتأمل عند الفتوى اه ملخصا ، ومثله فى التتارخانية والبزازية وظاهره : أنه لاترجيح لأحد القولين ، فلذا خيروا المفتى لكن مفهوم كلام الشارح كالهداية والتبيين وغيرهما ترجيح عدم الرجوع بلا أمر القاضى ، ثم هذا كله مبنى على القول بأنه لايجبر الآبى فإنهم فرعوه عليه وقدمنا تصحيح الجبر فتدبر (قوله عليهم من أعلاه الخ) بيانه : أنه لو كان الشركاء فى النهر عشرة فعلى كل عشر المؤنة ، فإذا جاوزوا أرض رجل منهم فهى على التسعة الباقين اتساعا لعدم نفع الأول فيما بعد أرضه ، وهكذا فمن فى الآخر أكثرهم غرامة ، لأنه لاينتفع إلا إذا وصل الكرى إلى أرضه ودونه فى الغرامة من قبله إلى الأول (قوله وقالا الخ) الفتوى على قول الإمام كما فى الكفاية وغيرها عن الخانية والقهستانى عن التتمة (قوله بالحصص) أى حصص الشرب والأرضين هداية .

[تنبيهات] الأول : قال القهستانى : لو كان فم نهره فى وسط أرضه لم يبرأ إلا بالمجاوزة عن أرضه ، وهذا فى النهر الخاص أما العام فقد برئ إذا بلغوا فم نهر قريتهم اه .

الثانى : قال فى البزازية ، وأما الطريق الخاص فى سكة غير نافذة إذا احتيج إلى إصلاحه فاصلاح أوله عليهم إجماعا ، فإذا فارقوا دار رجل قيل : إنه على الخلاف فى النهر وقيل يرفع إجماعا اه زاد فى الخيرية : لو امتنع البعض قيل : لا يجبر وقيل يجبر وذكر الخصاف أن القاضى يأمر الطالبين ، فيمنعون الآبى عن الإنتفاع حتى يؤدى .

الثالث : نهر المساقط والأوساخ الذى يسقط فيه فائض الماء والكنيف الخارجة من الدور والأزقة كما فى دمشق إذا احتاج إلى الكرى ، فهل على عكس نهر الشرب فكلما وصلوا فى الكرى من أعلاه إلى دار رجل شارك من قبله كما أفتى به فى الحامدية وغيرها ، لأن حاجة كل واحد إلى تسييل أوساخه من داره إلى آخر النهر ، ولا حاجة له إلى ما قبل داره فمن فى الأعلى أكثرهم غرامة لاحتياجه إلى جميع النهر ، ودونه فيها من بعده إلى الآخر فهو أقلهم غرامة بعكس نهر الشرب .

وحاصل الفرق : أن صاحب الشرب محتاج إلى كرى ماقبل أرضه ليصله الماء وصاحب الأوساخ محتاج إلى مابعد أرضه ليذهب وسخه (قوله ولا كرى على أهل الشفة) لأن المؤنة تلحق المالك لامن له الحق بطريق الإباحة بزازية ، ولأنهم لايحصون لأنهم أهل الدنيا جميعا إتقانى وغيره .

[تنبيه] أنهار دمشق التى تسقى أراضيها وأكثر دورها جرت العادة من قديم أن أهل الأراضى يكرونها وحدهم دون أهل الدور مع أن لكل دار حقا معلوما منها يباع ويشرى تبعا فهو حق شرب مملوك لهم لا حق

تصح دعوى الشرب بغير أرض) استحسانا .

(وإذا كان لرجل أرض ولآخر فيها نهر وأراد رب الأرض أن لا يجرى النهر فى أرضه لم يكن له ذلك ويتركه على حاله وإن لم يكن فى يده ولم يكن جاريا فيها) أى فى الأرض (فعليه البيان أن هذا النهر له وأنه قد كان له مجراه فى هذا النهر مسوق لسقى أراضيه ، وعلى هذا المصب فى نهر أو على سطح أو الميزاب أو الممشى كل ذلك فى دار غيره فحكم الاختلاف فيه نظيره فى الشرب) زيلعى .

(نهر بين قوم اختصموا فى الشرب فهو بينهم على قدر أراضيهم) لأنه المقصود (بخلاف اختلافهم فى الطريق فإنهم يستوون فى ملك رقبته) بلا اعتبار سعة الدار وضيقها لأن المقصود الاستطراق (وليس لأحد من الشركاء فى النهر (أن يشق منه نهرا أو ينصب عليه رحى) إلا رحى وضع فى ملكه ولا يضر بنهر ولا بماء وقاية

شفة بطريق الإباحة ومقتضى ذلك أنه يلزمهم مشاركة أهل الأراضى فى كريها كما يعلم مما مر (قوله استحسانا) ووجهه أنه مرغوب فيه منتفع به ويمكن ملكه بلا أرض بإرث ووصية كما يأتى وقد يبيع الأرض وحدها فيبقى له الشرب وحده ، والقياس أن لا يصح الدعوى به لأنه مجهول جهالة لا تقبل الإعلام (قوله وإن لم يكن) أى النهر فى يد الآخر قال فى الكفاية : علامة كون النهر فى يده كريه وغرس الأشجار فى جانبيه وسائر تصرفاته (قوله ولم يكن جاريا فيها) أى وقت الخصومة ، ولم يعلم جريانه قبلها ، أما إن كان جاريا وقتها أو علم جريانه قبلها يقضى به له إلا أن يبرهن صاحب الأرض أنه ملكه كما فى التتارخانية (قوله فعليه البيان) أى الإظهار ببرهان أو بمعنى البينة وعلى الأول فعمله فيما بعده من عمل المصدر المقرون بأل وهو قليل كقوله : ◦ ضعيف النكاية أعداءه ◦ وعلى الثانى ففيه حذف الجار وهو على قبل إن وهو مطرد (قوله إن هذا النهر له) أى إن كان يدعى رقبة النهر عناية (قوله وأنه قد كان له مجراه) أى إن كان يدعى الإجراء فيه عناية ، فالموضوع مختلف ، فكان المناسب الإتيان بأو بدل الواو كما فعل فى الهداية والملتقى ، والضمير فى المصدر الميمى ، وهو مجراه للماء أو النهر المذكور قبله لكن قد علمت أن المراد بالنهر رقبته ، وهو الحفرة ، ففيه استخدام ، وعلى كل فقوله بعده فى هذا النهر صحيح خلافا لمن زعم أن الصواب أن يقول فى هذه الأرض ، وكأنه أوقعه فيه تفسير بعض الشراح المجرى بموضع الأجراء تأمل (قوله وعلى هذا المصب) أى موضع اجتماع ما فضل من الماء كفاية (قوله فحكم الاختلاف فيه الخ) أى إن لم يكن فى يده ولم يكن جاريا أو ماشيا وقت الخصومة ، ولم يعهد ذلك قبلها لا بد من البينة على أن المصب والميزاب والممشى ملكه أو أنه كان له فيه التسييل ، أو المشى لكن فى الذخيرة عن أبى الليث ، لو كان مسيل سطوحه إلى دار رجل وله فيها ميزاب قديم ، فليس له منعه وهذا استحسان جرت به العادة ، أما أصحابنا فقد أخذوا بالقياس ، وقالوا ليس له ذلك إلا أن يقيم البينة أن له حق المسيل والفتوى على ما ذكره أبو الليث اهـ وفى البزازية : وبه نأخذ اهـ وهو موافق للقاعدة الآتية أن القديم يترك على قدمه تأمل (قوله اختصموا فى الشرب) أى ولا تعرف الكيفية فى الزمان المتقدم بزازية (قوله لأنه المقصود) أى المقصود فيها الانتفاع بسقيها فيقدر بقدرها هداية (قوله لأن المقصو الاستطراق) أى وهو فى الدار الواسعة والضيقة على نمط واحد هداية .

والحاصل : أنه يقسم على الرؤوس سائحانى عن الملتقط ومثله الاختلاف فى ساحة الدار كما مر فى متفرقات القضاء (قوله وليس لأحد الخ) لأن فيه كسر ضفة النهر وشغل موضع مشترك هداية (قوله من الشركاء فى النهر) أفاد أن الكلام فى النهر المملوك ، بخلاف الأنهار العظام فإن له ذلك كما قدمه أول الفصل (قوله إلا رحى وضع فى ملكه) صورته : أن يكون حافتا النهر وبطنه ملكا له ولغيره حق إجراء الماء إتقانى (قوله ولا يضر بنهر ولا بماء) أى والحال أن الرحى لا يضر وعبارة الكافى بأو قال فى الدر المنتقى : فعليه الواو هنا تبعا للوقاية ، وفى الهداية بمعنى أو ليوافق الكافى قاله الباقانى اهـ

(أو دالية كنا عورة أو جسر) أو قنطرة (أو يوسع فم النهر أو يقسم بالأيام و) الحال أنه (قد كانت القسمة بالكوى) بكسر الكاف جمع كوة بفتحها الثقب لأن القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه (أو يسوق نصيبه إلى أرض له أخرى ليس له منه) أى من النهر (شرب بلا رضاهم) يتعلق بالجميع ولهم نقضه بعد الإجازة ولورثتهم من بعدهم، وليس لأهل الأعلى سكر النهر بلا رضاهم، وإن لم تشرب أرضه بدونه ملتقى

ومعنى الضرر بالنهر ما بيناه من كسر ضفته، وبالماء أن يتغير عن سننه الذى كان يجرى عليه هداية: أى بأن يعوج الماء حتى يصل إلى الرحى فى أرضه ثم يجرى إلى النهر من أسفله، لأنه يتأخر وصول حقهم إليهم وينقص إتقانى (قوله أو دالية الخ) قال فى المغرب: الدالية جذع طويل يركب تركيب مدق الأرز فى رأسه مغرفة كبيرة يستقى بها والناعورة مايديره الماء والجسر ما يعبر به النهر وغيره مبنيا كان أولا والفتح لغة، والقنطرة مايبنى على الماء للعبور والجسر عام اهـ لكن فى العناية الجسر مايوضع ويرفع مما يتخذ من الخشب والألواح والقنطرة مايتخذ من الحجر والآجر موضوعا لايرفع (قوله أو يوسع فم النهر) لأنه يكسر ضفته ويزيد على مقدار حقه فى أخذ الماء هداية (قوله بكسر الكاف الخ) قال فى المغرب وقد تضم فى المفرد والجمع (قوله لأن القديم يترك على قدمه الخ) كذا فى الهداية وغيرها قال القهستانى: وفيه إشعار بأنه لو كان لرجل مياه فى أوقات متفرقة فى قرية لم يجز جمعها فى وقت إلا برضاهم كما فى الجواهر لكن فى التتمة إنه جائز اهـ (قوله أو يسوق نصيبه الخ) لأنه إذا تقادم العهد يستدل به على أنه حقه هداية: أى فيلزم أن يقضى له بشرب الأرضين جميعا، لأنه إذا لم يعلم يقسم على مقدار الأراضى إتقانى، وكذا إذا أراد أن يسوق شربه فى أرضه الأولى حتى ينتهى إلى الأخرى، لأنه يستوفى زيادة على حقه إذ الأرض الأولى تنشف بعض الماء قبل أن يسقى الأخرى هداية. وذكر خواهر زاده: أنه إذا ملأ الأولى وسد فوهة النهر له أن يسقى الأخرى من هذا الماء، لأنه حينئذ لم يستوف زيادة على حقه وإن لم يسد فلا كفاية (قوله ليس له) أى للأرض وذكر الضمير باعتبار المكان ط (قوله ولهم نقضه الخ) لأنه إعارة الشرب فان مبادلة الشرب بالشرب باطلة هداية (قوله وليس لأهل الأعلى سكر النهر بلا رضاهم) لما فيه من إبطال حق الباقين، فإن تراضوا على أن يسكر الأعلى النهر، حتى يشرب بحصته أو اصطلحوا على أن يسكر كل منهم فى نوبته جاز، لأن الحق لهم إلا أنه إذا تمكن من ذلك بلوح لايسكر بما ينكبس به النهر كالطين وغيره لكونه إضرارا بهم منع ما فضل من السكر عنهم إلا إذا رضوا، فان لم يمكن لواحد منهم الشرب إلا بالسكر ولم يصطلحوا على شىء يبدأ بأهل الأسفل حتى يرووا ثم بعده لأهل الأعلى أن يسكروا، وهذا معنى قول ابن مسعود رضى الله عنه: أهل أسفل النهر أمراء على أهل أعلاه، حتى يرووا لأن لهم أن يمنعوا أهل الأعلى من السكر وعليهم طاعتهم فى ذلك، ومن لزمك طاعته، فهو أميرك عناية وهداية.

وفى الدر المنتقى قال شيخ الإسلام واستحسن مشايخ الأنام قسم الإمام بالأيام اهـ: أى إذا لم يصطلحوا ولم ينتفعوا بلا سكر يقسم الإمام بينهم بالأيام فيسكر كل فى نوبته.

قلت: لكنه خلاف مافى المتون كالملتقى والهداية فتنبه بقى لو جرت العادة من قديم على ذلك كما يفعل فى أنهار دمشق الآخذة من نهر بردى، وقد يقل الماء فى بعض السنين فيتضرر أهل الأسفل بسكر الأعلى فهل يقال يبقى القديم على قدمه؟ أجاب فى الإسماعيلية وتبعه فى الحامدية: بأن ذلك ممنوع شرعا لكونه تصرفا فى المشترك بلا رضا الشركاء ورضا من تقدم لا يلزم به من تأخر فيبدأ بالأسفل ثم بالأعلى اهـ ملخصا.

وكذلك سئل فى الخيرية عن خصوص نهر بردى فأجاب: بالمنع ولا يخفى أنه مبنى على مافى المتون، وأنت خبير بأن مااستحسنه مشايخ الأنام من القسم بالأيام فيه دفع الضرر العام وقطع التنازع والخصام، إذ لا شك أن

(كطريق مشترك أراد أحدهم أن يفتح فيه بابا إلى دار أخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي مفتحها في هذا الطريق بخلاف ما إذا كان ساكن الدارين واحداً حيث لا يمنع) لأن المارة لا تزداد (ويورث الشرب ويوصى بالانتفاع به) أما الإيصاء ببيعه فباطل (ولا يباع) الشرب (ولا يوهب ولا يؤجر ولا يتصدق به) لأنه ليس بمال متقوم في ظاهر الرواية

لكل في هذا الماء حقا فتخصيص أهل الأسفل به حين قلة الماء فيه ضرر لأهل الأعلى ، وكذا تخصيص أهل الأعلى به فيه ذلك مع العلم بأنه مشترك بين الكل فلذا استحسنوا ماذكر وارتضوه . ثم رأيت في كافي الحاكم الشهيد مايدل عليه حيث قال : فإن كان الأعلى منهم لايشرب ، حتى يسكر النهر لم يكن له أن يسكر النهر على الأسفل ؛ ولكن يشرب بحصته اه فقوله : ولكن يشرب بحصته يومىء إلى هذا حيث لم يمنعه من الشرب أصلا والله سبحانه وتعالى أعلم (قوله كطريق مشترك الخ) وجه الشبه هو أنه يزيد في الشرب ماليس له فيه حق الشرب ويزيد في الطريق من ليس له حق المرور كفاية (قوله ساكنها) مبتدأ وغير خبر .

والظاهر أن صورة المسألة له داران باب إحداهما في طريق خاص ، وهو ساكن فيها وباب الثانية في طريق آخر وظهرها في الطريق الأول ، وقد أسكن فيها غيره بإجارة ، أو إعارة فليس له أن يفتح للثانية بابا في طريق الدار الأولى ، لأنه يلزم منه أن يزيد في الطريق الخاص من ليس له حق المرور وهو ساكن الدار الثانيـة بلا رضا أصحاب الطريق (قوله لأن المارة لاتزداد) وله حق المرور ويتصرف في خالص ملكه ، وهو الجدار بالرفع زيلعي وفيه أنه قد يطول الزمان ، ويبيع التي لا ممر لها فيدعي المشتري أن له حق المرور ، ويستدل على ذلك بالفعل السابق ط .

أقول : وذكر في الفصل ٣٥ من نور العين خلافا في المسألة فقال له دار في سكة لاتنفذ فشرى بجنب داره بيتا ظهره في هذه السكة قيل له : أن يفتح من ظهره بابا في السكة ، وقيل : لا ولو أراد أن يفتح بابا للبيت في داره ، ويتطرق من داره إلى السكة له ذلك مادام هو ساكنا أما إذا صارت لرجل ، والبيت لآخر ليس لرب البيت أن يمر في هذه السكة اه وبيان الفرق في جامع الفصولين فراجعه .

[تتمة] له كوة في أسفل النهر أراد أن يسدها ، ويفتح أخرى في الأعلى ليس له ذلك ، بخلاف ما لو أراد أن يجعل باب داره في أعلى السكة الغير النافذة ، وإن أراد أن يسفلها عن موضعها ليكثر أخذ الماء قال الحلواني : له إن علم أنها كانت كذلك ثم ارتفعت وقال السرخسي : له مطلقا وكذا الخلاف إن أراد أن يرفعها ليقل عنه الماء اه تاترخانية ملخصا (قوله ويورث الشرب الخ) لأن الملك بالإرث يقع حكما لاقصدا ، ويجوز أن يثبت الشيء حكما وإن كان لايثبت قصدا كالخمر تملك حكما بالميراث ، وإن لم تملك قصدا بسائر أسباب الملك وما يجري فيه الإرث تجري فيه الوصية ، لأنها أخته وفي الهبة ونحوها يرد العقد عليه مقصودا إتقاني ملخصا (قوله ويوصى بالانتفاع به) وتعتبر الوصية من الثلث قال بعضهم : بأن يسأل من المقومين من أهل ذلك الموضع أن العلماء لو اتفقوا على جواز بيعه منفردا بكم يشترى ، فإن قالوا بمائة اعتبر من الثلث كما في إتلاف المدبر ، وأكثرهم على أنه يضم إلى هذا الشرب جريب من أقرب أرض إليه فينظر بكم تشترى معه ، وبدونه تاترخانية : أي فيكون فضل ما بينهما قيمته (قوله أما الإيصاء ببيعه فباطل) مستغنى عنه بقول المصنف بعد ولا يوصى بذلك ط وفيه عن الهندية أوصى بثلث شربه بغير أرضه في سبيل الله أو الحج أو الرقاب كانت وصية ببيعه ، إذ لا يتمكن من ذلك إلا بثمنه اه ملخصا (قوله ولا يباع الشرب) في ظاهر الرواية شرب يوم أو أكثر ويفسد نص عليه محمد ، لأنه مجهول لا لأنه غير مملوك وإلا بطل وجاز مع الأرض في الصحيح در منتقى : أي تبعا لها قال في البزازية قال :

وعليه الفتوى كما سيجىء (ولايوصى بذلك) أى ببيعه وأخويه (ولا يصلح) الماء (بدل خلع وصلح عن دم عمد ومهر نكاح وإن صحت هذه العقود) لأنها لا تبطل بالشرط الفاسد لأن الشرب لايملك بسبب ما حتى لو مات وعليه دين لم يبع الشرب بلا أرض فلو لم يكن له أرض قيل يجمع الماء في كل نوبة فى حوض فيباع الماء إلى أن ينقضى دينه وقيل ينظر الإمام لأرض لا شرب لها فيضمه إليها فيبيعها برضا ربها فينظر لقيمة الأرض بلا شرب ولقيمتها معه فيصرف تفاوت مابينهما لدين الميت وتمامه فى الزيلعى (ولا يضمن من ملأ أرضه ماء فنزت أرض جاره أو غرقت) لأنه متسبب غير متعد وهذا إذا سقاها سقيا معتادا تتحمله أرضه عادة وإلا فيضمن وعليه الفتوى:

وفى الذخيرة وهذا إذا سقى فى نوبته مقدار حقه وأما إذا سقى فى غير نوبته أو زاد على حقه يضمن على ما قال إسماعيل الزاهد قهستانى (ولايضمن من سقى أرضه) أو زرعه (من شرب غيره بغير إذنه) فى رواية الأصل وعليه الفتوى شرح وهبانية وابن الكمال عن الخلاصة لما مر أنه غير متقوم ولو تصدق

بعتك هذه الأرض وبعتك شربها قيل : لايجوز بيع الشرب ، لأنه صار مقصودا بالبيع ، وقيل : يجوز ، لأنه لما لم يذكر له ثمنا لم يخرج من التبعية ، حتى لو ذكر لم يجز وفاقا لأنه صار أصلا من كل وجه ، ولو باع أرضا مع شرب أرض أخرى عن ابن سلام يجوز ، ولو أجر لايجوز ، لأن الشرب فى البيع أصل من حيث إنه يقوم بنفسه وتبع من حيث إنه لعينه فمن حيث إنه تبع لايباع من غير أرض ، ومن حيث إنه أصل يجوز مع أى أرض كانت وفى الاجارة تبع من كل وجه اه ملخصا :

وللشرنبلالى رسالة فى الشرب ذكر فيها الصور الصحيحة والفاسدة فى جدول فراجعها وذكر فيها أيضا أن الصحيح أنه لايجوز البيع أيضا كالإجارة فى المسألة المذكورة (قوله كما سيجىء) الذى سيجىء قريبا أن الفتوى على أنه لايضمن بالإتلاف ، لكن عدم ضمانه بالإتلاف مفرع على كونه ليس بمال متقوم كما صرح به فى الهداية فيكون الفتوى على أنه غير متقوم أيضا (قوله وأخويه) أى الهبة والتصدق (قوله ولا يصلح الماء)أى ماء الشرب الغير المحرز (قوله بدل خلع)فلا يكون له من الشرب شىء وعليها أن ترد المهر الذى أخذته ،لأنها غرته بالتسمية، كما لو اختلعت على مافى بيتها من متاع فإذا ليس فى بيتها شىء كفاية (قوله وصلح الخ) ويسقط القصاص لوجود القبول ، وعلى القاتل رد الدية لأن الولى لم يرض بسقوط حقه مجانا إتقانى ، وإذا لم يكن عن قصاص فالمدعى على دعواه عناية (قوله ومهر نكاح) ولها مهر المثل إتقانى زاد فى الدر المنتقى : ولا يقرض ولا يرهن ولا يعار (قوله لأنها لاتبطل بالشرط الفاسد) يعنى أن العقد ببدل هو غير مال متقوم فى هذه العقود بمعنى الشرط الفاسد وهذه العقود لاتبطل بالشروط الفاسدة (قوله لأن الشرب الخ) علة أخرى أو بيان لكونه بمعنى الشرط الفاسد (قوله وقيل الخ) صححه فى الهداية ثم قال : وإن لم يجد ذلك اشترى على تركة الميت أرضا بغير شرب ثم ضم الشرب إليها وباعها فيصرف من الثمن إلى ثمن الأرض ، ويصرف الفاضل إلى قضاء الدين (قوله لأنه متسبب غير متعد) فهو كحافر البئر وواضع الحجر فى أرضه لايضمن ماتلف به (قوله وإلا فيضمن) كما لو أوقد نارا فى دار لايوقد مثلها عادة فاحترقت دار جاره وأما إذا كان فى أرضه ثقب فغرقت أرض جاره ، فإن علم به ضمن وإلا لا إتقانى (قوله وهذا إذا سقى)الإشارة إلى عدم الضمان إذا سقاها معتادا كما أفصح عنه فى الذخيرة (قوله وأما إذا سقى الخ) أى سواء كان معتادا أولا كما أفاده ماذكرنا من مرجع الإشارة قال ط : وقد علمت ماعليه الفتوى وهو أن الاعتبار للمعتاد وغيره (قوله على ماقال إسمعيل الزاهد)هذا يقتضى انفراده مما ذكر وأن الجمهور على الأول ط وفى بعض النسخ الزاهدى بالياء موافقا لما فى القهستانى لكن الذى رأيته فى الذخيرة وغيرها بدون ياء (قوله لما مر الخ) قال فى الذخيرة : وإنما لايضمن لوجهين : أحدهما أنه يملك استهلاكه للشفعة ، ومن ملك استهلاك شىء بجهة

بنزله فحسن لبقاء الماء الحرام فيه بخلاف العلف المغصوب فإن الدابة إذا سمنت به انعدم وصار شيئا آخر قهستانى (فإن تكرر ذلك منه) لاضمان و (أدّبه الإمام بالضرب والحبس إن رأى) الإمام (ذلك) خانية وتمامه فى شرح الوهبانية وقال وجوز بعض مشايخ بلخ بيع الشرب لتعامل أهل بلخ والقياس يترك للتعامل ، ونوقض بأنه تعامل أهل بلدة واحدة وأفتى الناصحى بضمانه ذكره فى جواهر الفتاوى قال : وينفذ الحكم بصحة بيعه فليحفظ.

قلت : وفى الهداية وشروحها من البيع الفاسد أنه يضمن بالإتلاف فلو سقى أرض نفسه بماء غيره ضمنه وبه جزم فى النقاية هنا فافهم .

قلت : وقد مر ما عليه الفتوى فتنبه وفى الوهبانية :

وساق بشرب الغير ليس بضامن ... وضمنه بعض وما مر أظهر
وماجوزوا أخذ التراب الذى على ... جوانب نهر دون إذن يقرر

فاستهلكه بجهة أخرى لايضمن كمن دخل دار الحرب فاستهلك العلف ، لأنه يملك استهلاكه بعلف دابته ، الثانى إن الماء قبل الإحراز بالأوانى لايملك فقد أتلف ماليس بمملوك لغيره اه (قوله بنزله) أى بضمتين أى ريعه ونمائه كما فى القاموس (قوله فحسن) يشير إلى أنه غير واجب وإنما هو للتنزه .

قال القهستانى : وفى التتمة إن الماء وقع فى كرم زاهد فى غير نوبته أمر بقطعه وعن بعضهم أنه طرح منه التراب المبلول وقال الفقيه : لا آمر به ولو تصدق بنزله لكان حسنا وهذا أفضل (قوله لبقاء الماء الحرام فيه) هذا يقتضى الوجوب على أنه لايظهر إلا على مقابل المفتى به من أنه يملك فيضمنه لمالكه أى إن علم تأمل (قوله إذا سمن) الأولى سمنت (قوله انعدم وصار شيئا آخر) أى دما أو فرثا أو لحما ونحوه فلا يطلب منه التصدق بها ط (قوله فإن تكرر ذلك) بأن فعله مرة أخرى قال فى شرح الوهبانية عن الخانية وإن فعله مرة بعد مرة الخ ط (قوله وتمامه فى شرح الوهبانية) أى للعلامة ابن الشحنة حيث ذكر ماحاصله أن الطرسوسى فهم من التعليل المار ، بأن الماء قبل إحرازه لايملك أنه يكون مباحا ورده الناظم فى شرحه بأنه لايلزم ذلك ، بل يكون غير مملوك ويكون مستحقا لما فى الخانية ، أنه ليس له ذلك بلا إذن ، وإن اضطر إليه وفى العيون لايفعل ، وإن اضطر إليه لأن المرخص فى أخذ مال الغير خوف الهلاك على النفس ولم يوجد ، ولو فعل فلا ضمان على أن الطرسوسى قال إن كلام العيون يقتضى أنه لايجوز ديانة فينبغى أن يفتى بأنه لايباح بلا إذن ولو فعل لاضمان فى القضاء اه فافهم (قوله قال) أى فى شرح الوهبانية أول الفصل فافهم (قوله وينفذ الحكم بصحة بيعه) لمصادفته فصلا مجتهدا فيه ، لكن القاضى الآن لاينفذ حكمه بغير معتمد مذهبه (قوله فافهم) لعله يشير إلى دفع ما أورد على الهداية من أن قوله هنا لايضمن يناقض قوله فى باب البيع الفاسد : أنه يجوز بيعه فى رواية وهو اختيار مشايخ بلخ ، لأنه حظ من الماء ولهذا يضمن بالإتلاف ، وله حظ من الثمن يعنى أن قوله : ولهذا يضمن بالإتلاف مبنى على مقابل المفتى به ، وإن أوهم الإتفاق على الضمان كما هو شأن التعليل (قوله قلت وقد مر ماعليه الفتوى) أى من أنه لايضمن لأنه غير متقوم وصححه فى الظهيرية (قوله فتنبه) أى فإن ما أفتى به الناصحى ومافى النقاية وبيوع الهداية خلاف المفتى به (قوله وساق الخ) لاحاجة إليه ط (قوله وما جوزوا الخ) التراب المستخرج بالحفر ، ويوضع على حافتى النهر قيل لمن وضع بجانبه أخذه إن لم يضر بالنهر ، وقيل مشترك بين أهل النهر ، وهو المذكور فى النظم وقيل : يباح لكل من أخذه إن لم يضر ، لأن الحافر لم يقصد تملكه فهو كمن احتش حشيش النهر ، ليجرى الماء فلكل أحد أخذه وصوبه شيخ الإسلام وفى القنية أنه حسن جدا (قوله دون إذن) قد علمت أن

ولو حفروا نهرا وألقوا ترابه فلو فى حريم ليس بالنقل يؤمر

كتاب الأشربة

هى جمع شراب و (الشراب) لغة : كل مائع يشرب واصطلاحا (ما يسكر والمحرم منها أربعة) أنواع :

الأول : الخمر وهى النيء) بكسر النون فتشديد الياء (من ماء العنب إذا غلى واشتد وقذف) أى رمى (بالزبد) أى الرغوة ولم يشترطا قذفه وبه قالت الثلاثة وبه أخذ أبوحفص الكبير، وهو الأظهر كما فى الشرنبلالية عن المواهب ويأتى مايفيده وقد تطلق الخمر على غير ما ذكر مجازا :

ثم شرع فى أحكامها العشرة فقال (وحرم قليلها وكثيرها) بالإجماع

الناظم جرى على القول بأنه مشترك ، فاشتراط الإذن لابد منه بناء عليه فافهم (قوله ولو حفروا نهرا الخ) الشطر الثانى له غير به نظم الأصل لتضمنه مسئلتين : الأولى : نهر لقوم يجرى فى أرض رجل حفروه وألقوا ترابه فإن ألقوه فى غير حريم النهر فلهم أخذه بنقله وإلا فلا ، الثانية : لو كان يجرى فى سكة فكذلك والله تعالى أعلم

كتاب الأشربة

ذكره بعد الشرب لأنهما شعبتا عرق واحد لفظا ومعنى ، وقدم الشرب لمناسبته لإحياء الموات ، وتمامه فى العناية والمنح :

قال القهستانى : وأصول الأشربة الثمار كالعنب والتمر والزبيب والحبوبات كالبر والذرة والدخن والحلاوات كالسكر والفانيذ والعسل والألبان كلبن الإبل والرماك والمتخذ من العنب خمسة أنواع أو ستة ومن التمر ثلاثة ومن الزبيب اثنان ومن كل البواقى واحد وكل منها على نوعين نىء ومطبوخ اه (قوله كل مائع يشرب) أى هو اسم من الشرب أى ما يشرب ماء كان أو غيره حلالا أو غيره قهستانى (قوله وهى) أنث الضمير ، لأن الخمر مؤنثة سماعا قال فى القاموس وقد تذكر أى نظرا للفظ (قوله بكسر فتشديد) هذا خلاف الأصل فقد ذكره فى القاموس فى باب الهمزة وفى القهستانى النيء بكسر النون ، وسكون الياء والهمزة ، وفى المغرب ويجوز التشديد على القلب والإدغام أى غير النضيج ، ومثله فى نهاية ابن الأثير وفى العزمية الابدال والإدغام غير مشهور وقال المقدسى إنه عامى (قوله إذا غلى) أى ارتفع أسفله إذ أصله الارتفاع كما فى المقاييس وقوله : اشتد أى قوى بحيث يصير مسكرا قهستانى (قوله أى رمى بالزبد) بفتحتين أى بحيث لايبقى فيه شىء من الزبد فيصفو ويروق قهستانى (قوله وهو الأظهر) واعتمده المحبوبى والنسفى وغيرهما تصحيح قاسم ، وقال فى غاية البيان : وأنا آخذ بقولهما دفعا لتجاسر العوام ، لأنهم إذا علموا أن ذلك يحل قبل قذف الزبد يقعون فى الفساد اه وفى النهاية وغيرها وقيل يؤخذ فى حرمة الشرب بمجرد الاشتداد وفى الحد بقذف الزبد احتياطا (قوله ويأتى ما يفيده) أى فى قوله والكل حرام إذا غلى واشتد اه ح (قوله وقد تطلق الخ) قال فى المنح : هذا الاسم خص بالشراب بإجماع أهل اللغة ولا نقول إن كل مسكر خمر لاشتقاقه من مخامرة العقل فإن اللغة لايجرى فيها القياس ، فلا يسمى الدن قارورة لقرار الماء فيه : وأما قوله صلى الله عليه وسلم « كل مسكر خمر وكل مسكر حرام » وقوله « إن من الحنطة خمرا وإن من الشعير خمرا ومن الزبيب خمرا ومن العسل خمرا » فجوابه : أن الخمر حقيقة تطلق على ماذكرنا وغيره كل واحد له اسم مثل المثلث والباذق والمنصف ونحوها وإطلاق الخمر عليها مجاز وعليه يحمل الحديث اه ملخصا أو هو لبيان الحكم لأنه عليه الصلاة والسلام بعث له لا لبيان الحقائق (قوله وحرم قليلها)

(لعينها) أى لذاتها وفى قوله تعالى : ـ إنما الخمر والميسر ـ الآية عشر دلائل على حرمتها مبسوطة فى المجتبى وغيره (وهى نجسة نجاسة مغلظة كالبول ويكفر مستحلها وسقط تقومها) فى حق المسلم (لاماليتها) فى الأصح (وحرم الانتفاع بها) ولو لسقى دواب أو لطين أو نظر للتلهى ، أو فى دواء أو دهن أو طعام أو غير ذلك إلا لتخليل أو لخوف عطش بقدر الضرورة فلو زادفسكر حد مجتبى (ولا يجوز بيعها) لحديث مسلم « إن الذى حرم شربها حرم بيعها » (ويحد شاربها وإن لم يسكر منها و) يحد (شارب غيرها إن سكر

أى شرب قليلها لئلا يتكرر الآتى من حرمة الانتفاع والتداوى اهـ ح واحترز به عما قاله بعض المعتزلة إن الحرام هو الكثير المسكر لا القليل قهستانى .

قال فى الهداية : وهذا كفر لأنه جحود الكتاب فانه سماه رجسا والرجس ماهو محرم العين وقد جاءت السنة متواترة « أن النبى عليه الصلاة والسلام حرم الخمر » وعليه انعقد إجماع الأمة ، ولأن قليله يدعو إلى كثيره وهذا من خواص الخمر (قوله لعينها الخ) أى لا لعلة الاسكار فتحرم القطرة منها وهذا علم مما قبله وإنما أعيد لتأكيد الرد على ذلك القول الباطل (قوله عشر دلائل) هى نظمها فى سلك الميسر ، وما عطف عليه وتسميتها رجسا وعدها من عمل الشيطان ، والأمر بالإجتناب ، وتعليق الفلاح باجتنابها وإرادة الشيطان إيقاع العداوة بها ، وإيقاع البغضاء والصد عن ذكر الله تعالى ، وعن الصلاة والنهى البليغ بصيغة الاستفهام المؤذن بالتهديد اهـ ح (قوله وهى نجسة نجاسة مغلظة) لأن الله تعالى سماها رجسا فكانت كالبول والدم المسفوح إتقانى (قوله ويكفر مستحلها) لإنكاره الدليل القطعى هداية (قوله وسقط تقومها فى حق المسلم) حتى لايضمنها متلفها وغاصبها ، ولا يجوز بيعها ، لأن الله تعالى لما نجسها فقد أهانها ، والتقوم يشعر بعزتها وقال عليه الصلاة والسلام «إن الذى حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها » هداية . وعدم ضمانها لايدل على إباحة إتلافها .

وقد اختلفوا فيها فقيل : يباح وقيل : لايباح إلا لغرض صحيح بأن كانت عند شريب خيف عليه الشرب ، وأما إذا كانت عند صالح فلا يباح لأنه يخللها عناية وفى النهاية وغيرها عن مجد الأئمة أن الصحيح الثانى . قال أبو السعود : والظاهر أن هذا الخلاف مفرع على الخلاف فى سقوط ماليتها فمن قال إنها مال وهو الأصح قال لايباح إتلافها إلا لغرض صحيح اهـ وهو حسن (قوله فى حق المسلم) أما الذمى فهى متقومة فى حقه كالخنزير حتى صح بيعه لهما ، ولو أتلفهما له غير الإمام أو مأموره ضمن قيمتهما له كما مر فى آخر الغصب (قوله لا ماليتها فى الأصح) لأن المال مايميل إليه الطبع ويجرى فيه البذل والمنع ، فتكون مالا لكنها غير متقومة لما قلنا إتقانى (قوله ولو لسقى دواب) قال بعض المشايخ لو قاد الدابة إلى الخمر لا بأس به ، ولو نقل إلى الدابة يكره وكذا قالوا فيمن أراد تخليل الخمر ينبغى أن يحمل الخل إلى الخمر ولو عكس يكره وهو الصحيح تاترخانية (قوله أو لطين) أى لبل طين (قوله أو غير ذلك) كامتشاط المرأة بها ليزيد بريق شعرها أو الإكتحال بها أو جعلها فى سعوط تاترخانية ، ومنه ما يأتى من الاحتقان بها أو إقطارها فى إحليل قال الإتقانى : لأن ذلك انتفاع بالخمر وأنه حرام إلا أنه لايحد فى هذه المواضع لعدم الشرب (قوله أو لخوف عطش) الإضافة على معنى من أى خوفه على نفسه من عطش بأن خاف هلاكه منه ، ولايجد مايزيله به إلا الخمر (قوله فلو زاد فسكر حد) وكذا لو روى ثم شرب حد مجتبى ، فأفاد أن السكر غير قيد فى الزيادة على الضرورة وفى الخانية فإن شرب مقدار مايرويه وزيادة ولم يسكره قالوا : ينبغى أن يلزمه الحد كما لو شرب هذا القدر حالة الإختيار ولم يسكر (قوله ويحد شاربها الخ) فى غاية البيان عن شرح الطحاوى : لو خلطها بالماء إن الماء أقل أو مساويا حد وإن أغلب فلا إلا إذا سكر اهـ وفى الذخيرة عن القدورى إذا غلب الماء عليها حتى زال طعمها وريحها فلا حد ثم قال وإذا

ولا يؤثر فيها الطبخ) إلا أنه لا يحد فيه مالم يسكر منه لاختصاص الحد بالنيء ذكره الزيلعى ، واستظهره المصنف وضعف ما فى القنية والمجتبى ثم نقل عن ابن وهبان أنه لايلتفت لما قاله صاحب القنية مخالفا للقواعد مالم يعضده نقل من غيره اه وفيه كلام لابن الشحنة (ولا يجوز بها التداوى) على المعتمد قاله المصنف .

ثرد فيها خبزا وأكله إن وجد الطعم واللون حد ومالا لون لها يحد إن وجد الطعم (قوله ولا يؤثر فيها الطبخ) أى فى زوال الحرمة بقرينة الإستثناء (قوله إلا أنه لايحد) نقله فى العناية عن شيخ الإسلام لكن فى الكفاية والمعراج ، قال شمس الأئمة السرخسى : يحد من شرب منه قليلا كان أو كثيرا بالنص وفى القهستانى عن التتمة وعليه الفتوى ، ومن هنا يعلم حكم العرق المستقطر من فضلات الخمر ، فينبغى جريان الخلاف فى الحد من شرب قليله كما بحثه القهستانى ، أما نجاسته فغليظة كأصله لكن ليس كحرمة الخمر لعدم إكفار مستحله للخلاف فيه ، وقول الشرنبلالى بحثا لاحد به بلا سكر مبنى على خلاف المفتى به كما أفاده كلام القهستانى تأمل (قوله واستظهره المصنف) حيث قال : والطبخ لا يؤثر فيها لأنه للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها إلا أنه لا يحد فيه ما لم يسكر منه على ماقالوا لأن الحد فى النيء خاصة لما ذكرنا فلا يتعدى إلى المطبوخ ذكره فى تبيين الكنز من غير ذكر خلاف ، وهذا هو الظاهر الذى يجب أن يعول عليه وبه يظهر لك ضعف مافى القنية من قوله : خمر طبخت وزالت مرارتها حلت ، وضعف مافى المجتبى عن شرح السرخسى لو صب فيها سكرا أو فانيدا ، حتى صار حلوا حل ، وتحل بزوال المرارة وعندهما بقليل الحموضة اه ملخصا .

أقول : لايخفى عليك أن قول المصنف ، وهذا هو الظاهر إشارة إلى أن الطبخ لايرفع الحرمة بعد ثبوتها لأنه هو الذى ذكره الزيلعى فى التبيين من غير ذكر خلاف لا إشارة إلى عدم الحد ، لأن لفظة قالوا تذكر فيما فيه خلاف كما صرحوا به على أن قوله على ماقالوا يفيد بظاهره التبرى ، والتضعيف ، لأن المفتى به خلافه كما قدمناه وأيضا فإن الذى يظهر به ضعف مافى القنية والمجتبى ، هو الأول المذكور ، بلا خلاف لا الثانى المشار إلى ضعفه فتدبر (قوله وفيه كلام لابن الشحنة) أى فى التضعيف المفهوم من ضعف وذلك حيث قال : مراد صاحب القنية أنها تحل إذا زالت عنها أوصاف الخمرية : وهى المرارة والإسكار لتحقق انقلاب العين ، كما لو انقلبت خلا ومراد المبسوط أنها لاتحل بالطبخ ، حيث كانت على أوصاف الخمرية ، لأنه لم يوجد مايقتضى الإباحة من الإنقلاب والاستحالة ، وكون النار لاتأثير لها فى إثبات الحل لاينافى أن المؤثر هو الإنقلاب ولا خصوصية للنارية اه .

أقول : ولم يعول الشرنبلالى فى شرحه على هذا الجواب ، وكأنه والله تعالى أعلم ، لأن الخمر حرمت لعينها ، ولا نسلم انقلاب العين بهذا الطبخ ، ولذا لو وقعت قطرة منها فى الماء الغير الجارى ، أو مافى حكمه نجسته ، وإن استهلكت فيه وصار ماء وكذا لو وقعت فى قدر الطعام نجسته ، وإن صارت طعاما كما لو وقعت فيه قطرة بول ، وأما طهارتها بانقلابها خلا فهى ثابتة بنص المجتهد أخذا من إطلاق حديث « نعم الإدام الخل» فليتأمل .

ولعل هذا الفرع مفرع على ماقدمناه عن بعض المعتزلة من أن الحرام من الخمر هو المسكر يدل عليه أنه فى القنية نقله عن القاضى عبد الجبار أحد مشايخ المعتزلة ، ثم رأيت ابن الشحنة نقله عن ابن وهبان كما خطر لى لكن بحث فيه بأنه لامدخل للاعتزال فى هذه المسألة .

وأقول : كأنه لم يطلع على ماقدمناه من تخصيصهم الحرمة بالإسكار ، ولعل هذا وجه عدم الاعتماد على مايقوله صاحب القنية حيث يذكر مايخرجه مشايخ عقيدته كهذه المسألة والتى تقدمت فى الذبائح وأمثالهما والله أعلم . (قوله على المعتمد) لما قدمناه فى الحظر والإباحة ، أن المذهب أنه لايجوز التداوى بالمحرم

قلت : ولو باحتقان أو إقطار في إحليل نهاية (ولا يجوز تخليلها ولو بطرح شيء فيها) خلافا للشافعي .

(و) الثاني (الطلاء) بالكسر (وهو العصير يطبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه) ويصير مسكرا وصوب المصنف أن هذا يسمى الباذق ، وأما الطلاء فما ذكره بقوله (وقيل ما طبخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه) وصار مسكرا (وهو الصواب) كما جرى عليه صاحب المحيط وغيره ، يعني في التسمية لا في الحكم ، لأن حل هذا المثلث المسمى بالطلاء على ما في المحيط ثابت لشرب كبار الصحابة رضي الله عنهم كما في الشرنبلالية . قال : وسمي بالطلاء لقول عمر رضي الله عنه : ما أشبه هذا بطلاء البعير وهوالقطران الذي يطلى به البعير الجربان (ونجاسته) أي الطلاء على التفسير الأول كذا قاله المصنف (كالخمر) به يفتى (و) الثالث (السكر) بفتحتين (وهو النيء من ماء الرطب)

(قوله ويجوز تخليلها) وهو أولى هداية أقول : وإنما لم يجب وإن كان في إراقتها ضياعها ، لأنها غير متقومة ولذا لاتضمن كما مر وذكر الشرنبلالي بحثا أنه يجب لأنها مال فتأمل (قوله ولو بطرح شيء فيها) كالملح والماء والسمك وكذا بإيقاد النار عندها ونقلها إلى الشمس والصحيح أنه لو وقع الشمس عليها بلا نقل كرفع سقف لايحل نقلها ، ولو خالط الخل بالخمر وصار حامضا يحل ،وإن غلب الخمر وإذا دخل فيه بعض الحموضة لايصير خلا عنده ، حتى يذهب تمام المرارة وعندهما يصير خلا كما في المضمرات ، ولو وقعت في العصير فأرة فأخرجت قبل التفسخ ، وترك حتى صار خمرا ثم تخللت أو خللها يحل وبه أفتى بعضهم كما في السراجية ، ولو وقعت قطرة خمر في جرة ماء ، ثم صب في حب خل لم يفسد وعليه الفتوى وتمامه في القهستاني ، وإذا صار الخمر خلا يطهر مايوازيها من الإناء ، وأما أعلاه فقيل يطهر تبعا وقيل لايطهر ، لأنه خمر يابس إلا إذا غسل بالخل فتخلل من ساعته ، فيطهر هداية والفتوى على الأول خانية (قوله بالكسر) أي والمد ككساء قاموس (قوله يطبخ) أي بالنار أو الشمس قهستاني (قوله أقل من ثلثيه) قيد به لأنه إذا ذهب ثلثاه فما دام حلوا يحل شربه عند الكل ، وإذا غلى واشتد يحل شربه عندهما مالم يسكر خلافا لمحمد اهـ شرح مسكين وسيأتي (قوله ويصير مسكرا) بأن غلى واشتد وقذف بالزبد فإنه يحرم قليله وكثيره أما مادام حلوا فيحل شربه إتقاني ،وهذا القيد ذكره هنا غير ضروري لأنه سيأتي في كلام المصنف في قوله : والكل حرام إذا غلى واشتد (قوله يسمى الباذق) بكسر الذال وفتحها كما في القاموس ، ويسمى المنصف أيضا ،والمنصف : الذاهب النصف ، والباذق للذاهب مادونه ، والحكم فيهما واحد كما في الغاية وغيرها (قوله وصار مسكرا) أي بأن اشتد وزالت حلاوته ، وإذا أكثر منه أسكر (قوله يعني في التسمية لافي الحكم الخ) لما كان كلام المصنف موهما أشد الإيهام أتى بالعناية لأن كلامه في الأشربة المحرمة وذكر منها الطلاء ، وفسره أولا بتفسير ثم بآخر وحكم بأنه الصواب ، فيتوهم أن المحرم هو المعنى الثاني دون الأول مع أن الأمر بالعكس ، فالباذق والمنصف حرام اتفاقا . والطلاء: وهو ماذهب ثلثاه ويسمى المثلث حلال إلا عند محمد كما سيأتي ، فلا يحرم منه عندهما إلا القدح الأخير الذي يحصل به الإسكار كما يأتي بيانه ، فنبه على أن مراد المصنف أن الذي يسمى الطلاء هو الذي ذهب ثلثاه ، وأن الأول حرام والثاني حلال . وبحث الشرنبلالي في هذا التصويب بأن الطلاء يطلق بالاشتراك على أشياء كثيرة : منها الباذق والمنصف والمثلث وكل ماطبخ من عصير العنب اهـ .

أقول : وفي المغرب الطلاء كل مايطلى به من قطران أو نحوه ، ويقال لكل ماخثر من الأشربة طلاء على التشبيه حتى يسمى به المثلث (قوله على التفسير الأول) أما على الثاني فظاهر لحل شربه ، وعند محمد نجس كما يأتي (قوله به يفتي) عزاه القهستاني إلى الكرماني وغيره (قوله وهو النيء من ماء الرطب) هذا أحد الأشربة

إذا اشتد وقذف بالزبد (و) الرابع (نقيع الزبيب ،وهو النيء من ماء الزبيب) بشرط أن يقذف بالزبد بعد الغليان (والكل) أى الثلاثة المذكورة (حرام إذا غلى واشتد) وإلا لم يحرم اتفاقا ، وإن قذف حرم اتفاقا ، وظاهر كلامه فبقية المتون أنه اختار ههنا قولهما قاله البرجندى ، نعم قال القهستانى : وترك القيد هنا لأنه اعتمد على السابق اهـ فتنبه ؛ ولم يبين حكم نجاسة السكر والنقيع ؛ ومفاد كلامه أنها خفيفة وهو مختار السرخسى ، واختار فى الهداية أنها غليظة (وحرمتها دون حرمة الخمر فلا يكفر مستحلها) لأن حرمتها بالاجتهاد :

(والحلال منها) أربعة أنواع : الأول (نبيذ التمر والزبيب إن طبخ أدنى طبخة) يحل شربه

الثلاثة التى تتخذ من التمر والثانى النبيذ منه : وهو ماطبخ أدنى طبخة ، وهو حلال . والثالث الفضيخ : وهو النيء من ماء البسر المذنب ، مشتق من الفضخ : بالضاد والخاء المعجمتين وهو الكسر ، سمى به لأنه يكسر ويجعل فى حب ويصب عليه الماء الحار لتخرج حلاوته . وحكمه كالسكر أفاده فى النهاية ، ولو قال المصنف والثالث النيء من ماء التمر لشمل السكر والفضيخ ، فإن التمر اسم جنس يشمل البسر وغيره كما فى القهستانى تأمل (قوله إذا اشتد الخ) ذكره غير لازم نظير مامر لأنه سيأتى فى كلام المصنف (قوله نقيع الزبيب) النقيع : اسم مفعول من المزيد أو الثلاثى : قال فى المغرب : أنقع الزبيب فى الخابية ونقعه : إذا ألقاه فيها ليبتل ، وتخرج منه الحلاوة وقال ابن الأثير : إنه شراب متخذ من زبيب أو غيره من غير طبخ وإليه أشار فى الصحاح والأساس ، فالأولى أن يقال نقيع البسر والرطب والتمر والزبيب قهستانى ملخصا ، لكن أفاد الإتقانى أن الرطب لايحتاج إلى النقع فى الماء أى لأن النقيع مايكون يابسا ليبتل بالماء ، فلذا أفرد المصنف الرطب بالذكر تأمل (قوله بشرط الخ) يغنى عنه مابعده نظير مامر (قوله إذا غلى واشتد) أى ذهبت حلاوته وصار مسكرا وإن لم يقذف بالزبد خلافا للإمام (قوله وإلا) بأن بقى حلوا (قوله وإن قذف حرم اتفاقا) أى قليله وكثيره ، لكن لايجب الحد إلا إذا سكر كما فى الملتقى (قوله وظاهر كلامه) حيث لم يقل وقذف بالزبد (قوله قولهما) أى بعدم اشتراط القذف (قوله وترك القيد) وهو القذف (قوله لأنه اعتمد على السابق) أى لم يصرح به هنا اعتمادا على ماقدمه فى تعريف الخمر تأمل (قوله ومفاد كلامه) حيث صرح بأن نجاسة الباذق كالخمر وسكت عن هذين ، ويبعد أن يقال تركه هنا اعتمادا على مامر فتأمل (قوله واختار فى الهداية أنها غليظة) فيه نظر : ونص مافى الهداية : ونجاستها خفيفة فى رواية وغليظة فى أخرى اهـ : وعبارته فى الدر المنتقى أحسن مما هنا ، حيث قال : ومختار السرخسى الخفة فى الأخيرين وإن قال فى الهداية بالغلظة فى رواية اهـ وعبارته فى باب الأنجاس هكذا . وفى باقى الأشربة روايات التغليظ والتخفيف والطهارة ، رجح فى البحر الأول ، وفى النهر الأوسط اهـ (قوله وحرمتها) أى الأشربة الثلاثة السابقة (قوله لأن حرمتها بالاجتهاد) حتى قال الأوزاعى بإباحة الأول والثالث منها . وقال شريك بإباحة الثانى لإمتنان الله تعالى علينا بقوله ـ تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا ـ وأجيب بأن ذلك لما كانت الأشربة كلها مباحة وتمامه فى الهداية ، وهذا بخلاف الخمر ، فإن أدلتها قطعية ، فلذا كفر مستحلها (قوله نبيذ التمر والزبيب) أى ونبيذ الزبيب قال القهستانى : والتمر اسم جنس كما مر ، فيتناول اليابس والرطب والبسر ، ويتحد حكم الكل كما فى الزاهدى والنبيذ يتخذ من التمر والزبيب أو العسل أو البر أو غيره ، بأن يلقى فى الماء ويترك حتى يستخرج منه مشتق من النبذ : وهو الإلقاء كما أشير إليه فى الطلبة وغيره اهـ ثم قال : فالفرق بينه وبين النبيذ بالطبخ وعدمه كما فى النظم :

أقول : الظاهر أن قوله وبين النبيذ سبق قلم ، والصواب وبين النقيع لأن الضمير فى بينه للنبيذ تأمل (قوله إن طبخ أدنى طبخة) وهو أن يطبخ إلى أن ينضج شرنبلالية عن الزيلعى : وقيد به لأن غير المطبوخ من الأنبذة حرام

(وإن اشتد) وهذا (إذا شرب) منه (بلا لهو وطرب) فلو شرب للهو فقليله وكثيره حرام (ومالم يسكر) فلو شرب مايغلب على ظنه أنه مسكر فيحرم ؛ لأن السكر حرام فى كل شراب :

(و) الثانى (الخليطان) من الزبيب والتمر إذا طبخ أدنى طبخة ، وإن اشتد يحل بلا لهو :

(و) الثالث (نبيذ العسل والتين والبر والشعير والذرة) يحل سواء (طبخ أولا) بلا لهو وطرب :

(و) الرابع (المثلث) العنبى وإن اشتد ، وهو ما طبخ من ماء العنب حتى يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه

بإجماع الصحابة إذا غلى واشتد وقذف بالزبد ، وقد ورد فى حرمة المتخذ من التمر أحاديث وفى حله أحاديث ، فإذا حمل المحرّم على النىء والمحلل على المطبوخ فقد حصل التوفيق واندفع التعارض عينى ، والأحاديث الواردة كلها صحاح ساقها الزيلعى ، ووفق بما ذكر فراجعه :

قال الإتقانى : وقد أطنب الكرخى فى رواية الآثار عن الصحابة والتابعين بالأسانيد الصحاح فى تحليل النبيذ الشديد :

والحاصل أن الأكابر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وأهل بدر كعمر وعلىّ وعبد الله بن مسعود وأبى مسعود رضى الله عنهم كانوا يحلونه ، وكذا الشعبى وإبراهيم النخعى . وروى أن الإمام قال لبعض تلامذته إن من إحدى شرائط السنة والجماعة أن لايحرم نبيذ الجر اه :

وفى المعراج قال أبو حنيفة : لو أعطيت الدنيا بحذافيرها لا أفتى بحرمتها لأن فيه تفسيق بعض الصحابة ، ولو أعطيت الدنيا لشربها لاأشربها لأنه لاضرورة فيه وهذا غاية تقواه اه .ومن أراد الزيادة على ذلك والتوفيق بين الأدلة فعليه بغاية البيان ومعراج الدراية (قوله وإن اشتد) أى وقذف بالزبد . قال فى الرمز : ولم يذكر القذف اكتفاء بما سبق اه ط (قوله بلا لهو وطرب) قال فى المختار : الطرب خفة تصيب الإنسان لشدة حزن أو سرور اه . قال فى الدرر : وهذا التقييد غير مختص بهذه الأشربة بل إذا شرب الماء وغيره من المباحات بلهو وطرب على هيئة الفسقة حرم اه ط :

قلت : وكان ينبغى للمصنف أن يذكر التقييد بعدم اللهو والطرب وعدم السكر بعد الرابع ليكون قيدا للكل (قوله فلو شرب مايغلب على ظنه الخ) أى يحرم القدر المسكر منه ،وهو الذى يعلم يقينا أو بغالب الرأى أنه يسكره كالمتخم من الطعام ، وهو الذى يغلب على ظنه أنه يعقبه التخمة تاترخانية : فالحرام : هو القدح الأخير الذى يحصل السكر بشربه كما بسطه فى النهاية وغيرها ؛ ويحد إذا سكر به طائعا . قال فى منية المفتى شرب تسعة أقداح من نبيذ التمر فأوجر العاشر لم يحد اه : وقال فى الخانية : وفيما سوى الخمر من الأشربة المتخذة من التمر والعنب والزبيب لايحد مالم يسكر ، ثم قال فى تعريف السكران والفتوى على أنه من يختلط كلامه ويصير غالبه الهذيان وتمامه فى حدود شرح الوهبانية (قوله والثانى الخليطان) لما روى أن ابن عمر سقاه لابن زياد ، وماورد من النهى محمول على الإبتداء أو على غير المطبوخ جمعا بين الأدلة حموى ، وبالأخير يحصل التوفيق بين مافعله ابن عمر وبين ماروى عنه من حرمة نقيع الزبيب النىء كما أفاده فى الهداية (قوله من الزبيب والتمر) أو البسر أو الرطب المجتمعين قهستانى (قوله إذا طبخ أدنى طبخة) كذا قيده فى المعراج والعناية وغيرهما ، والمفهوم من عبارة الملتقى عدم اشتراط الطبخ فيه فليتأمل . ثم هذا إذا لم يكن مع أحد المذكورات ماء العنب وإلا فلابد من ذهاب الثلثين كما يأتى (قوله وهو ماطبخ من ماء العنب) أى طبخا موصولا ، فلو مفصولا ، فإن قبل تغيره بحدوث المرارة وغيرها حل وإلا حرم وهو المختار للفتوى ، وتمامه فى خزانة المفتين در منتقى :

إذا قصد به استمراء الطعام والتداوى والتقوّى على طاعة الله تعالى ، واو للهو لا يحل إجماعا حقائق :

(وصح بيع غير الخمر) مما مر ، ومفاده صحة بيع الحشيشة والأفيون :

قلت : وقد سئل ابن نجيم عن بيع الحشيشة هل يجوز ؟ فكتب لايجوز ، فيحمل على أن مراده بعدم الجواز عدم الحل :

قال المصنف (وتضمن) هذه الأشربة (بالقيمة لابالمثل) لمنعنا عن تملك عينه وإن جاز فعله ، بخلاف الصليب حيث تضمن قيمته صليبا لأنه مال منقوّم فى حقه وقد أمرنا بتركهم وما يدينون زيلعى :

(وحرمها محمد) أى الأشربة المتخذة من العسل والتين ونحوهما قاله المصنف (مطلقا) قليلها وكثيرها

وقيد بالعنب لأن الزبيب والتمر يحلان بأدنى طبخة كما مر ، لكن الماء غير قيد ، لأنه لو طبخ العنب كما هو ثم عصر فلا بد من ذهاب ثلثيه بالطبخ فى الأصح : وفى رواية يكتفى بأدنى طبخة كما فى الهداية :

وفيها ولو جمع فى الطبخ بين العنب والتمر أو بين التمر والعنب والزبيب لايحل مالم يذهب ثلثاه لأن التمر وإن اكتفى فيه بأدنى طبخة فعصير العنب لابد أن يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطا ، وكذا إذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر :

وفيها : ولو طبخ نقيع التمر والزبيب أدنى طبخة ثم أنقع فيه تمر أو زبيب ، إن كان ما أنقع فيه شيئا يسيرا لايتخذ النبيذ من مثله يحل وإلا لا :

وفيها : والذى يصب عليه الماء بعد ماذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ حكمه كالمثلث ، بخلاف ما إذا صب على العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل ، لأن الماء يذهب أولا للطافته أو يذهب الماء منها فلا يكون الذاهب ثلثى ماء العنب أى فلايحل (قوله إذا قصد) متعلق بيحل مقدرا : وفى القهستانى : فإن قصد به استمراء الطعام ، والتقوى فى الليالى على القيام ، أو فى الأيام على الصيام ، أو القتال لأعداء الإسلام ، أو التداوى لدفع الآلام ، فهو المحل للخلاف بين علماء الأنام : (قوله وصح بيع غير الخمر) أى عنده خلافا لهما فى البيع والضمان ، لكن الفتوى على قوله فى البيع ، وعلى قولهما فى الضمان إن قصد المتلف الحسبة وذلك يعرف بالقرائن ، وإلا فعلى قوله كما فى التاترخانية وغيرها :

ثم إن البيع وإن صح لكنه يكره كما فى الغاية وكان ينبغى للمصنف ذكر ذلك قبيل الأشربة المباحة ، فيقول بعد قوله ولا يكفر مستحلها : وصح بيعها وتضمن الخ كما فعله فى الهداية وغيرها ، لأن الخلاف فيها لافى المباحة أيضا إلا عند محمد فيما يظهر مما يأتى من قوله بحرمة كل الأشربة ونجاستها تأمل (قوله مما مر) أى من الأشربة السبعة (قوله ومفاده الخ) أى مفاد التقييد بغير الخمر ، ولا شك فى ذلك لأنهما دون الخمر وليسافوق الأشربة المحرمة ، فصحة بيعها يفيد صحة بيعهما فافهم (قوله عدم الحل) أى لقيام المعصية بعينها : وذكر ابن الشحنة أنه يؤدب بائعها وسيأتى (قوله وتضمن هذه الأشربة) يعنى المحرمة منها (قوله عن تملك عينه) أى المثل . وفى بعض النسخ تمليك (قوله وإن جاز فعله) قال الإتقانى فى كتاب الغصب : يعنى أنا قلنا بضمان السكر والمصنف بالقيمة لا بالمثل ، لأن المسلم يمنع عن ذلك ، ولكن لو أخذ المثل جاز لعدم سقوط التقوم والمالية (قوله بخلاف الصليب الخ) ذكر الزيلعى هذه العبارة فى كتاب الغصب ، وهى مرتبطة بما قبلها من ضمان آلات اللهو صالحة لغير اللهو :

قال الإتقانى فى الغصب : أى هذا الذى ذكرناه فى ضمان الطبل ونحوه من أن قيمتها تجب غير صالحة لهذه الأشياء ، بخلاف صليب النصرانى حيث تجب قيمته صليبا لأنا أقررناهم على هذا الصنيع فصار كالخمر (قوله ونحوهما) كالتمر والزبيب والعنب ، فالمراد الأشربة الأربعة التى هى حلال عند الشيخين إذا غلت واشتدت وإلا

(وبه يفتى) ذكره الزيلعي وغيره ؛ واختاره شارح الوهبانية ، وذكر أنه مروى عن الكل ونظمه فقال :

وفى عصرنا فاختير حد وأوقعوا   طلاقا لمن من مسكر الحب يسكر

وعن كلهم يروى وأفتى محمد   بتحريم ما قد قل وهو المحرر

قلت : وفى طلاق البزازية : وقال محمد ما أسكر كثيره فقليله حرام ، وهونجس أيضا ،

فلا تحرم كغيرها اتفاقا (قوله وبه يفتى) أى بقول محمد ،وهوقول الأئمة الثلاثة لقوله عليه الصلاة والسلام« كل مسكر خمروكل مسكر حرام » رواه مسلم ، وقوله عليه الصلاة والسلام «ما أسكر كثيره فقليله حرام» رواه أحمد وابن ماجه والدارقطني وصححه (قوله غيره) كصاحب الملتقى والمواهب والكفاية والنهاية والمعراج [و]شرح المجمع وشرح درر البحار والقهستاني والعيني ، حيث قالوا الفتوى فى زماننا بقول محمد لغلبة الفساد . وعلل بعضهم بقوله لأن الفساق يجتمعون على هذه الأشربة ويقصدون اللهو والسكر بشربها .

أقول : الظاهر أن مرادهم التحريم مطلقا وسد الباب بالكلية وإلا فالحرمة عند قصد اللهو ليست محل الخلاف بل متفق عليها كما مر ويأتى ، يعنى لما كان الغالب فى هذه الأزمنة قصد اللهو لا التقوى على الطاعة منعوا من ذلك أصلا تأمل (قوله وذكر) أى فى كتاب الحدود ونصه : وفى العمادية حكى عن صدر الإسلام أبى اليسر البزدوى أنه وجد رواية عن أصحابنا جميعا أنه يجب الحد ، فإن الحد إنما يجب فى سائر الأنبذة عندهما ، وإن كان حلالا شربه فى الإبتداء ، لأن مايقع به السكر حرام والسكر سبب الفساد ، فوجب الحد لينزجروا عن شربه فيرتفع الفساد ، وهذا المعنى موجود فى هذه الأشربة اه أى الأشربة المتخذة من الحبوب المذكورة قبل هذه العبارة .

وحاصله أنهما حيث حللا الأنبذة وأوجبا الحد بالقدح المسكر منها لزم منه وجوب الحد بالسكر من باقى الأشربة كما هو قول محمد (قوله إنه مروى) يوهم أن الضمير راجع لتحريم الأشربة قليلها وكثيرها وليس كذلك ، بل هو راجع للحد بالسكر منها كما علمت ، ولا يلزم من وجوب الحد بما يقع به السكر أن يحرم القليل والكثير كما لايخفى (قوله لمن من مسكر الحب يسكر) من موصولة والثانية بيانية (١) والحب جنس : أى يسكر من مسكر الحبوب. وحكم ما كان من غير أصل الخمر وهو الزبيب والعنب والتمر كذلك ش (قوله وفى طلاق البزازية) الأولى حذف طلاق ، لأن قوله ما أسكر كثيره فقليله حرام وهو نجس لم يذكره فى كتاب الطلاق بل فى كتاب الأشربة (قوله وقال محمد الخ) أقول : الظاهر أن هذا خاص بالأشربة المائعة دون الجامد كالبنج والأفيون ، فلا يحرم قليلها بل كثيرها المسكر ، وبه صرح ابن حجر فى التحفة وغيره ، وهو مفهوم من كلام أئمتنا لأنهم عدوها من الأدوية المباحة وإن حرم السكر منها بالاتفاق كما نذكره ، ولم نر أحدا قال بنجاستها ولا بنجاسة نحو الزعفران مع أن كثيره مسكر ، ولم يحرموا أكل قليله أيضا ، ويدل عليه أنه لايحد بالسكر منها كما يأتى ، بخلاف المائعة فإنه يحد ، ويدل عليه أيضا قوله فى غرر الأفكار : وهذه الأشربة عند محمد وموافقيه كخمر بلا تفاوت فى الأحكام ، وبهذا يفتى فى زماننا اه فخص الخلاف بالأشربة ، وظاهر قوله بلا تفاوت أن نجاستها غليظة فتنبه ، لكن يستثنى منه الحد فإنه لايجب إلا بالسكر ، بخلاف الخمر .

والحاصل أنه لايلزم من حرمة الكثير المسكر حرمة قليله ولا نجاسته مطلقا إلا فى المائعات لمعنى خاص بها . أما الجامدات فلا يحرم منها إلا الكثير المسكر ، ولايلزم من حرمته نجاسته كالسم القاتل فإنه حرام مع أنه ظاهر ،

---

(١) (قوله والثانية بيانية) لعل الصواب ابتدائية ، لأن ضابط من البيانية وهو كون مابعدها أخص مما قبلها مبين له لايتأتى هنا كما لايخفى اه .

ولو سكر منها المختار فى زماننا أنه يحد :

زاد فى الملتقى : ووقوع طلاق من سكر منها تابع للحرمة . والكل حرام عند محمد وبه يفتى ، والخلاف إنما هو عند قصد التقوى . أما عند قصد التلهى فحرام إجماعا اهـ ، وتمامه فيما علقته عليه .

زاد القهستانى : إن لبن الإبل إذا اشتد لم يحل عند محمد خلافا لهما ، والسكر منه حرام بلا خلاف ، والحد والطلاق على الخلاف ، وكذا لبن الرماك : أى الفرسة إذا اشتد لم يحل ، وصحح فى الهداية حله . وفى الخزانة أنه يكره تحريما عند عامة المشايخ على قوله :

هذا ما ظهر لفهمى القاصر ، وسنذكر ما يؤيده ويقويه ويشيده (قوله ولو سكر منها الخ) ظاهره أنه لا يحد بالقليل منها الذى لا يحصل به الإسكار ، وهو ظاهر قول الهداية وغيرها . وعن محمد أنه حرام ، ويحد شاربه إذا سكر منه ، ويقع طلاقه كما فى سائر الأشربة المحرمة اهـ وهو مقتضى قول المصنف أيضا فيما مر : ويحد شارب غيرها : أى غير الخمر إن سكر (قوله وبه يفتى) أى بتحريم كل الأشربة ، وكذا بوقوع الطلاق . قال فى النهر . وفى الفتح : وبه يفتى لأن السكر من كل شراب حرام ، وعندهما لا يقع بناء على أنها حلال ، وصححه فى الخانية (قوله والخلاف) أى فى إباحة الشرب من الأشربة الأربعة .

قال فى المعراج : سئل أبو حفص الكبير عنه فقال . لا يحل ، فقيل له : خالفت أبا حنيفة وأبا يوسف ، فقال : إنهما يحلانه للاستمراء والناس فى زماننا يشربون للفجور والتلهى . وعن أبى يوسف لو أراد السكر فقليله وكثيره حرام ، وقعوده لذلك حرام ، ومشيه إليه حرام اهـ . زاد فى الدر المنتقى عن القهستانى : ويحد به وإن لم يسكر كما فى المضمرات وغيرها اهـ .

أقول : هو مخالف لما ذكرناه آنفا من تقييد الحد بالسكر ، ولعل صوابه إن سكر فليتأمل (قوله وتمامه الخ) حيث قال : وصحح غير واحد قولهما ، وعلله فى المضمرات فإن الخمر موعودة فى العقبى فينبغى أن يحل من جنسها فى الدنيا أنموذج ترغيبا اهـ (قوله على الخلاف) أى يثبتان عند محمد لا عندهما (قوله أى الفرسة) صرح فى جامع اللغة بأنه لا يقال فرسة ، فالأولى أن يقال أى الإناث من الخيل اهـ ح (قوله لم يحل) أى عند الإمام (١) قهستانى (قوله على قوله) أى قول الإمام . وفى الخانية وغيرها : لبن المأكول حلال ، وكذا لبن الرماك عندهما ، وعنده يكره . قال بعضهم تنزيها . وقال السرخسى : إنه مباح كالبنج . وعامتهم قالوا : يكره تحريما ، لكن لا يحد وإن زال عقله ، كما لو زال بالبنج يحرم ، ولا حد فيه اهـ . زاد فى البزازية وأكثر العلماء على أنه تنزيه اهـ وهو الموافق لما قدمناه فى الذبائح فراجعه .

ثم قال فى الخانية : وإن زال عقله بالبنج ولبن الرماك لا تنفذ تصرفاته . وعن أبى حنيفة : إن علم حين تناوله أنه بنج يقع طلاقه وإلا فلا . وعندهما لا يقع مطلقا ، وهو الصحيح ، وكذا لو شرب شرابا حلوا فلم يوافقه فزال عقله فطلق ، قال محمد لا يقع وعليه الفتوى اهـ وهذا إذا لم يقصد به المعصية وإلا فيقع طلاقه كما يأتى عن البحر .

وفى شرح الوهبانية : والصحيح من مذهب الصاحبين جواز شربه : أى لبن الرماك ولا يحد شاربه إذا سكر منه على الصحيح ، اللهم إلا أن يجتمع عليه كما علل فيما قدمناه اهـ أى إلا أن يشربه للهو والمعصية ، ثم هذا كله مخالف لما ذكره القهستانى ، إلا أن يقال إن هذا فى غير المشتد ، وكلام القهستانى فى المشتد ، وبه يشعر كلام الهداية حيث قال فى تعليل حل لبن الرماك : لأن كراهية لحمه لإحترامه أو لئلا يؤدى إلى قطع مادة الجهاد فلا

---

(١) (قوله أى عند الإمام الخ) قال شيخنا : ليس فى عبارة القهستانى ذكر الإمام بل عبارته لم يحل عنده ، وظاهر هذه العبارة أن الضمير عائد على محمد فإنه المذكور قبل وهو الموافق للمسألة قبلها ، إذ هو مقتضى التشبيه بكذا اهـ .

(وحل الانتباذ) اتخاذ النبيذ (فى الدباء) جمع دباءة وهو القرع (والحنتم) جرة خضراء (والمزفت) المطلى بالزفت : أى القير (والنقير) الخشبة المنقورة ، وما ورد من النهى نسخ .

(وكره شرب دردى الخمر) أى عكره (والامتشاط) بالدردى لأن فيه أجزاء الخمر ، وقليله كـكثيره كما مر (و) لكن (لايحد شاربه) عندنا (بلا سكر) وبه يحد إجماعا .

(ويحرم أكل البنج والحشيشة)

يتعدى إلى لبنه اهـ . أو يقال هذا فيما إذا لم يقصد به المعصية وكلام القهستانى إذا قصدها كما قدمناه عن ابن الشحنة ويأتى مثله عن البحر فليتأمل (قوله فى الدباء) بالضم والمد قهستانى : أى مع التشديد (قوله جمع باءة) بالمد اهـ ح (قوله والحنتم) بفتح الحاء والتاء وسكون النون بينهما قهستانى (قوله جرة خضراء) كذا فسره فى القاموس . وفى المغرب : الحنتم الخزف الأخضر أو كل خذف . وعن أبى عبيدة : هى جرار حمر يحمل فيها الخمر إلى المدينة الواحدة حنتمة (قوله وما ورد من النهى نسخ) أى بقوله عليه الصلاة والسلام «كنت نهيتكم عن الإنتباذ فى الدباء والحنتم والمزفت والنقير فانتبذوا فيها واشربوا فى كل ظرف فإن الظرف لايحل شيئا ولا يحرمه ، ولاتشربوا المسكر» وهذا حجة على مالك وأحمد فى رواية غرر الأفكار . قال شيخ الإسلام : فى مبسوطه : إنما نهى عن هذه الأوعية على الخصوص لأن الأنبذة تشتد بهذه الظروف أكثر ماتشتد فى غيره ، يعنى فصاحبها على خطر من الوقوع فى شرب المحرم عناية (قوله وكره) عبر فى النقاية كالزاهدى بقوله وحرم . قال القهستانى : وإنما آثر الحرمة على الكراهة الواقعة فى عبارة كثير من المتون لأنه أراد التنبيه على المراد الدال عليه كلام الهداية (قوله أى عكره) بفتحتين ويسكن قاموس . ودردى الشىء : مايبقى أسفله قهستانى (قوله والامتشاط) إنما خصه لأن له تأثيرا فى تحسين الشعر نهاية (قوله عندنا) وقال الشافعى : يحد لأنه شرب جزءا من الخمر .

ولنا أن قليله لايدعو إلى كثيره لما فى الطباع من النبوة عنه فكان ناقصا فأشبه غير الخمر من الأشربة ولاحد فيها إلا بالسكر ولأن الغالب عليه الثقل فصار كما إذا غلب عليه الماء بالإمتزاج هداية (قوله ويحرم أكل البنج) هو بالفتح : نبات يسمى فى العربية شيكران ، يصدع ويسبت ويخالط العقل كما فى التذكرة للشيخ داود . زاد فى القاموس : وأخبثه الأحمر ثم الأسود وأسلمه الأبيض ، وفيه : السبت يوم الأسبوع ، والرجل الكثير النوم ، والمسبت : الذى لايتحرك . وفى القهستانى : هو أحد نوعى شجر القنب ، حرام لأنه يزيل العقل ، وعليه الفتوى ، بخلاف نوع آخر منه فإنه مباح كالأفيون لأنه وإن اختل العقل به لايزول ، وعليه يحمل مافى الهداية وغيرها من إباحة البنج كما فى شرح اللباب اهـ.

أقول : هذا غير ظاهر ، لأن مايخل العقل لايجوز أيضا بلا شبهة فكيف يقال إنه مباح : بل الصواب أن مراد صاحب الهداية وغيره إباحة قليله للتداوى ونحوه ومن صرح بحرمته أراد به القدر المسكر منه ، يدل عليه مافى غاية البيان عن شرح شيخ الإسلام : أكل قليل السقمونيا والبنج مباح للتداوى ، ومازاد على ذلك إذا كان يقتل أو يذهب العقل حرام اهـ فهذا صريح فيما قلناه مؤيد لما سبق بحثناه من تخصيص مامر من أن ما أسكر كثيره حرم قليله بالمائعات ، وهكذا يقول فى غيره من الأشياء الجامدة المضرة فى العقل أو غيره ، يحرم تناول القدر المضر منها دون القليل النافع ، لأن حرمتها ليست لعينها بل لضررها . وفى أول طلاق البحر : من غاب عقله بالبنج والأفيون يقع طلاقه إذا استعمله للهو وإدخال الآفات قصدا لكونه معصية ، وإن كان للتداوى فلا لعدمها ، كذا فى فتح القدير ، وهو صريح فى حرمة البنج والأفيون لا للدواء . وفى البزازية : والتعليل ينادى بحرمته لا للدواء اهـ كلام البحر . وجعل فى النهر هذا التفصيل هو الحق .

هي ورق القنّب (والأفيون) لأنه مفسد للعقل ويصد عن ذكر الله وعن الصلاة (لكن دون حرمة الخمر ، فإن أكل شيئا من ذلك لا حد عليه وإن سكر) منه (بل يعذر بما دون الحد) كذا في الجوهرة ، وكذا تحرم جوزة الطيب لكن دون حرمة الحشيشة قاله المصنف ؛

ونقل عن الجامع وغيره أن من قال بحل البنج والحشيشة فهو زنديق مبتدع ؛

والحاصل أن استعمال الكثير المسكر منه حرام مطلقا كما يدل عليه كلام الغاية . وأما القليل ، فإن كان للهوحرم ، وإن سكر منه يقع طلاقه لأن مبدأ استعماله كان محظورا ، وإن كان للتداوى وحصل منه إسكار فلا ، فاغتنم هذا التحرير المفرد ؛

بقى هنا شىء لم أر من نبه عليه عندنا ، وهو أنه إذا اعتاد أكل شىء من الجامدات التى لا يحرم قليلها ويسكر كثيرها حتى صار يأكل منها القدر المسكر ولا يسكره سواء أسكره فى ابتداء الأمر أولا ، فهل يحرم عليه استعماله نظرا إلى أنه يسكر غيره أو إلى أنه قد أسكره قبل اعتياده أم لا يحرم نظرا إلى أنه طاهر مباح ، والعلة فى تحريمه الإسكار ولم يوجد بعد الإعتياد وإن كان فعله الذى أسكره قبله حراما ، كمن اعتاد أكل شىء مسموم حتى صار يأكل ما هو قاتل عادة ولا يضره كما بلغنا عن بعضهم فليتأمل ، نعم صرح الشافعية بأن العبرة لما يغيب العقل بالنظر لغالب الناس بلا عادة (قوله وهى ورق القنب) قال ابن البيطار . ومن القنب الهندى نوع يسمى بالحشيشة يسكر جدا إذا تناول منه يسيرا قدر درهم ، حتى أن من أكثر منه أخرجه إلى حد الرعونة ، وقد استعمله قوم فاختلت عقولهم وربما قتلت ، بل نقل ابن حجر عن بعض العلماء أن فى أكل الحشيشة مائة وعشرين مضرة دينية ودنيوية ، ونقل عن ابن تيمية أن من قال بحلها كفر . قال : وأقره أهل مذهبه اه وسيأتى مثله عندنا (قوله والأفيون) هو عصارة الخشخاش ، يكرب ويسقط الشهوتين إذا تمودى عليه ، ويقتل إلى درهمين ، ومتى زاد أكله على أربعة أيام ولاءا اعتاده بحيث يفضى تركه إلى موته لأنه يخرق الأغشية خروقا لا يسدها غيره ، كذا فى تذكرة داود (قوله لأنه مفسد للعقل) حتى يصير للرجل فيه خلاعة وفساد جوهرة (قوله وإن سكر) لأن الشرع أوجب الحد بالسكر من المشروب لا المأكول إتقانى (قوله كذا فى الجوهرة) الإشارة إلى قوله ويحرم أكل البنج الخ (قوله وكذا تحرم جوزة الطيب) وكذا العنبر والزعفران كما فى الزواجر لابن حجر المكى ، وقال : فهذه كلها مسكرة ، ومرادهم بالإسكار هنا تغطية العقل لا مع الشدة المطربة لأنها من خصوصيات المسكر المائع ، فلا ينافى أنها تسمى مخدرة ، فما جاء فى الوعيد على الخمر يأتى فيها لاشتراكهما فى إزالة العقل المقصود للشارع بقاؤه اه ؛

أقول : ومثله زهر القطن فإنه قوى التفريح يبلغ الإسكار كما فى التذكرة ، فهذا كله ونظائره يحرم استعمال القدر المسكر منه دون القليل كما قدمناه فافهم ، ومثله بل أولى البرش وهو شىء مركب من البنج والأفيون وغيرهما ، ذكر فى التذكرة أن إدمانه يفسد البدن والعقل ، ويسقط الشهوتين ، ويفسد اللون ، وينقص القوى ، وينهك وقد وقع به الآن ضرر كثير اه (قوله قاله المصنف) وعبارته : ومثل الحشيشة فى الحرمة جوزة الطيب فقد أفتى كثير من علماء الشافعية بحرمتها ، وممن صرح بذلك منهم ابن حجر نزيل مكة فى فتاواه والشيخ كمال الدين ابن أبى شريف فى رسالة وضعها فى ذلك ، وأفتى بحرمتها الأقصراوى من أصحابنا ، وقفت على ذلك بخطه الشريف لكن قال حرمتها دون حرمة الحشيش ، والله أعلم اه ؛

أقول : بل سيذكر الشارح حرمتها عن المذاهب الأربعة (قوله عن الجامع) أى جامع الفتاوى (قوله والحشيشة) عبارة المصنف وهو الحشيشة (قوله فهو زنديق مبتدع) قال فى البحر : وقد اتفق على وقوع طلاقه : أى آكل

بل قال نجم الدين الزاهدى : إنه يكفر ويباح قتله .

قلت : ونقل شيخنا النجم الغزى الشافعى فى شرحه على منظومة أبيه البدر المتعلقة بالكبائر والصغائر عن ابن حجر المكى أنه صرح بتحريم جوزة الطيب بإجماع الأئمة الأربعة وأنها مسكرة . ثم قال شيخنا النجم : والتتن الذى حدث وكان حدوثه بدمشق فى سنة خمسة عشر بعد الألف يدعى شاربه أنه لايسكر وإن سلم له فإنه مفتر

الحشيش فتوى مشايخ المذهبين الشافعية والحنفية لفتواهم بحرمته وتأديب باعته ، حتى قالوا : من قال بحله فهو زنديق كذا فى المبتغى بالمعجمة وتبعه المحقق فى فتح القدير اه (قوله بل قال نجم الدين الزاهدى الخ) هذا ذكره المصنف نقلا عن خط بعض الأفاضل . ورده الرملى بأنه لا التفات إليه ولا تعويل عليه ، إذ الكفر بإنكار القطعيات وهو ليس كذلك اه ملخصا .

أقول : ويؤيده مامر متنا من أن الأشربة الأربعة المحرمة حرمتها دون حرمة الخمر فلايكفر مستحلها ، فعلى هذا يشكل أيضا الحكم عليه بأنه زنديق مع أنه أقره فى الفتح والبحر وغيرها ، والزنديق يقتل ولا تقبل توبته ، لكن رأيت فى الزواجر لابن حجر مانصه : وحكى القرافى وابن تيمية الإجماع على تحريم الحشيشة . قال : ومن استحلها فقد كفر . قال : وإنما لم يتكلم فيها الأئمة الأربعة لأنها لم تكن فى زمنهم ، وإنما ظهر فى آخر المائة السادسة وأول المائة السابعة حين ظهرت دولة التتار اه بحروفه فليتأمل (قوله والتتن الخ) أقول : قد اضطربت آراء العلماء فيه ، فبعضهم قال بكراهته ، وبعضهم قال بحرمته ، وبعضهم بإباحته ، وأفردوه بالتأليف. وفى شرح الوهبانية للشرنبلالى :

ويمنع من بيع الدخان وشربه وشاربه فى الصوم لا شك يفطر

وفى شرح العلامة الشيخ إسماعيل النابلسى والد سيدنا عبد الغنى على شرح الدرر بعد نقله أن للزوج منع الزوجة من أكل الثوم والبصل وكل ما ينتن الفم . قال : ومقتضاه المنع من شربها التتن لأنه ينتن الفم خصوصا إذا كان الزوج لا يشربه أعاذنا الله تعالى منه . وقد أفتى بالمنع من شربه شيخ مشايخنا المسيرى وغيره اه . وللعلامة الشيخ على الأجهورى المالكى رسالة فى حله نقل فيها أنه أفتى بحله من يعتمد عليه من أئمة المذاهب الأربعة .

قلت : وألف فى حله أيضا سيدنا العارف عبد الغنى النابلسى رسالة سماها [الصلح بين الإخوان فى إباحة شرب الدخان] وتعرض له فى كثير من تآليفه الحسان ، وأقام الطامة الكبرى على القائل بالحرمة أو بالكراهة فإنهما حكمان شرعيان لابد لهما من دليل ولادليل على ذلك فإنه لم يثبت إسكاره ولا تفتيره ولا إضراره ، بل ثبت له منافع ، فهو داخل تحت قاعدة الأصل فى الأشياء الإباحة وأن فرض إضراره للبعض لا يلزم منه تحريمه على كل أحد، فإن العسل يضر بأصحاب الصفراء الغالبة وربما أمرضهم مع أنه شفاء بالنص القطعى ، وليس الاحتياط فى الافتراء على الله تعالى بإثبات الحرمة أو الكراهة اللذين لابد لهما من دليل بل فى القول بالإباحة التى هى الأصل . وقد توقف النبى صلى الله عليه وسلم مع أنه هو المشرع فى تحريم الخمر أم الخبائث حتى نزل عليه النص القطعى ، فالذى ينبغى للإنسان إذا سئل عنه سواء كان ممن يتعاطاه أولا كهذا العبد الضعيف وجميع من فى بيته أن يقول هو مباح ، لكن رائحته تستكرهها الطباع ، فهو مكروه طبعا لا شرعا إلى آخر ما أطال به رحمه الله تعالى ، وهذا الذى يعطيه كلام الشارح هنا حيث أعقب كلام شيخه النجم بكلام الأشباه وبكلام شيخه العمادى وإن كان فى الدر المنتقى جزم بالحرمة ، لكن لا لذاته بل لورود النهى السلطانى عن استعماله ويأتى الكلام فيه (قوله فإنه مفتر) قال فى القاموس : فتر جسمه فتورا لانت مفاصله وضعف ، والفتار كغراب ابتداء النشوة ،

وهو حرام لحديث أحمد عن أم سلمة قالت « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كل مسكر ومفتر » قال : وليس من الكبائر تناوله المرة والمرتين ، ومع نهى ولى الأمر عنه حرم قطعا ، على أن استعماله ربما أضر بالبدن ، نعم الإصرار عليه كبيرة كسائر الصغائر اهـ بحروفه .

وفى الأشباه فى قاعدة : الأصل الإباحة أو التوقف ، ويظهر أثره فيما أشكل حاله كالحيوان المشكل أمره والنبات المجهول سمته اهـ .

قلت : فيفهم منه حكم النبات الذى شاع فى زماننا المسمى بالتتن فتنبه ، وقد كرهه شيخنا العمادى فى هديته

وأفتر الشراب فتر شاربه (قوله وهو حرام) مخالف لما نقل عن الشافعية فإنهم أوجبو على الزوج كفايتها منه اهـ أبو السعود فذكروا أن ما ذهب إليه ابن حجر ضعيف ، والمذهب كراهة التنزيه إلا لعارض . وذكروا أنه إنما يجب للزوجة على الزوج إذا كان لها اعتياد ولا يضرها تركه فيكون من قبيل التفكه ، أما إذا كانت تتضرر بتركه فيكون من قبيل التداوى وهو لا يلزمه ط (قوله ومع نهى ولى الأمر عنه الخ) قال سيدى العارف عبد الغنى : ليت شعرى أى أمر من أمريه يتمسك به أمره الناس بتركه أم أمره بإعطاء المكس عليه ، وهو فى الحقيقة أمر باستعماله على أن المراد من أولى الأمر فى الآية العلماء فى أصح الأقوال كما ذكره العينى فى آخر مسائل شتى من شرح الكنز . وأيضا هل منع السلاطين الظلمة المصرين على المصادرات وتضييع بيوت المال وإقرارهم القضاة وغيرهم على الرشوة والظلم يثبت حكما شرعيا . وقد قالوا : من قال لسلطان زماننا عادل كفر اهـ ملخصا .

أقول : مقتضاه أن أمراء زماننا لا يفيد أمرهم الوجوب ، وقد صرحوا فى متفرقات القضاء عند قول المتون أمرك قاض برجم أو قطع أو ضرب قضى فيه وسعك فعله بقولهم لوجوب طاعة ولى الأمر . قال الشارح هناك : ومنعه محمد حتى يعاين الحجة ، واستحسنوه فى زماننا وبه يفتى الخ .

وذكر العلامة البيرى فى أواخر شرحه على الأشباه أن من شروط الإمامة : أن يكون عدلا بالغا أمينا ورعا ذكرا موثوقا به فى الدماء والفروج والأموال ، زاهدا متواضعا مسايسا فى موضع السياسة . ثم إذا وقعت البيعة من أهل الحل والعقد من مع صفته ما ذكر صار إماما يفترض إطاعته كما فى خزانة الأكمل .

وفى شرح الجواهر : تجب إطاعته فيما أباحه الشرع ، وهو ما يعود نفعه على العامة ، وقد نصوا فى الجهاد على امتثال أمره فى غير معصية . وفى التاترخانية : إذا أمر الأمير العسكر بشىء فعصاه واحد لا يؤديه فى أول وهلة بل ينصحه ، فإن عاد بلا عذر أدبه اهـ ملخصا . وأخذ البيرى من هذا أنه لو أمر بصوم أيام الطاعون ونحوه يجب امتثاله .

أقول : وظاهر عبارة خزانة الفتاوى لزوم إطاعة من استوفى شروط الإمامة ، وهذا يؤيد كلام العارف قدس سره ، لكن فى حاشية الحموى ما يدل على أن هذه الشروط لرفع الإثم لا لصحة التولية فراجعه (قوله ربما أضر بالبدن) الواقع أنه يختلف باختلاف المستعملين ط (قوله الأصل الإباحة أو التوقف) المختار الأول عند الجمهور من الحنفية والشافعية كما صرح به المحقق ابن الهمام فى تحرير الأصول (قوله فيفهم منه حكم النبات) وهو الإباحة على المختار أو التوقف . وفيه إشارة إلى عدم تسليم إسكاره وتفتيره وإضراره ، وإلا لم يصح إدخاله تحت القاعدة المذكورة ولذا أمر بالتنبه (قوله وقد كرهه شيخنا العمادى فى هديته) أقول : ظاهر كلام العمادى أنه مكروه تحريما ويفسق متعاطيه ، فإنه قال فى فصل الجماعة : ويكره الاقتداء بالمعروف بأكل الربا أو شىء من المحرمات ، أو يداوم الإصرار على شىء من البدع المكروهات كالدخان المبتدع فى هذا الزمان ولا سيما بعد صدور منع السلطان اهـ . ورد عليه سيدنا عبد الغنى فى شرح الهدية بما حاصله ما قدمناه ، فقول الشارح إلحاقا

إلحاقا له بالثوم والبصل بالأولى فتدبر ، وممن جزم بحرمة الحشيشة شارح الوهبانية فى الحظر ، ونظمه فقال :

وأفتوا بتحريم الحشيش وحرقه   وتطليق محتش لزجر وقرروا
لبائعه التأديب والفسق أثبتوا   وزندقة للمستحل وحرروا

كتاب الصيد

لعل مناسبته أن كلا منهما مما يورث السرور (هو مباح) بخمسة عشر شرطا مبسوطة فى العناية ، وسنقرره

له بالثوم والبصل فيه نظر ، إذ لا يناسب كلام العمادى ، نعم إلحاقه بما ذكر هو الإنصاف . قال أبوالسعود : فتكون الكراهة تنزيهية ، والمكروه تنزيها يجامع الإباحة اهـ : وقال ط : ويؤخذ منه كراهة التحريم فى المسجد للنهى الوارد فى الثوم والبصل وهو ملحق بهما ، والظاهر كراهة تعاطيه حال القراءة لما فيه من الإخلال بتعظيم كتاب الله تعالى اهـ (قوله وممن جزم الخ) قد علمت إجماع العلماء على ذلك :

[تتمة] لم يتكلم على حكم قهوة البن ، وقد حرمها بعضهم ولا وجه له كما فى تبيين المحارم وفتاوى المصنف وحاشية الأشباه للرملى : قال شيخ الشارح النجم الغزى فى تاريخه فى ترجمة أبى بكر بن عبد الله الشاذلى المعروف بالعيدروس : أنه أول من اتخذ القهوة لما مر فى سياحته بشجر البن فاقتات من ثمره ، فوجد فيه تجفيفا للدماغ واجتلابا للسهر وتنشيطا للعبادة ، فاتخذه قوتا وطعاما وأرشد أتباعه إليه ، ثم انتشرت فى البلاد . واختلف العلماء فى أول القرن العاشر ، فحرمها جماعة ترجح عندهم أنها مضرة آخرهم بالشام والد شيخنا العيثاوى والقطب ابن سلطان الحنفى وبمصر أحمد بن أحمد بن عبد الحق السنباطى تبعا لأبيه ، والأكثرون إلى أنها مباحة ، وانعقد الإجماع بعدهم على ذلك . وأما ما ينضم إليها من المحرمات فلا شبهة فى تحريمه اهـ ملخصا :

[خاتمة] سئل ابن حجر المكى عمن ابتلى بأكل نحو الأفيون وصار إن لم يأكل منه هلك : فأجاب : إن علم ذلك قطعا حل له ، بل وجب لاضطراره إلى إبقاء روحه كالميتة للمضطر ، ويجب عليه التدريج فى تنقيصه شيئا فشيئا حتى يزول تولع المعدة به من غير أن تشعر ، فإن ترك ذلك فهو آثم فاسق اهـ ملخصا : قال الرملى : وقواعدنا لا تخالفه :

[فرع] قدمنا فى الحظر والإباحة عن التاترخانية أنه لا بأس بشرب ما يذهب بالعقل لقطع نحو أكله :

أقول : ينبغى تقييده بغير الخمر ، وظاهره أنه لا يتقيد بنحو بنج من غير المائع ، وقيده به الشافعية ، والله تعالى أعلم :

كتاب الصيد

مصدر صاده : إذا أخذه فهو صائد وذاك مصيد ويسمى المصيد صيدا فيجمع صيودا وهو كل ممتنع متوحش طبعا لا يمكن أخذه إلا بحيلة مغرب ، فخرج بالممتنع مثل الدجاج والبط ، إذ المراد منه أن يكون له قوائم أو جناحان يملك عليهما ويقدر على الفرار من جهتهما ، وبالمتوحش مثل الحمام إذ معناه أن لا يألف الناس ليلا ونهارا ، وبطبعا ما يتوحش من الأهليات فإنها لا تحل بالاصطياد وتحل بذكاة الضرورة ودخل به متوحش يألف كالظبى لا يمكن أخذه إلا بحيلة ، وتمامه فى القهستانى : أى فالظبى وإن كان مما يألف بعد الأخذ إلا أنه صيد قبله يحل بالاصطياد ، ودخل فيه ما لا يؤكل كما يأتى (قوله مما يورث السرور) وقيل الغفلة واللهو ، لحديث « من اتبع الصيد فقد غفل » فى السعدية ولأن الصيد من الأطعمة ، ومناسبتها للأشربة غير خفية ، وكل منها فيه ما هو حلال وحرام (قوله بخمسة عشر شرطا) خمسة فى الصائد : وهو أن يكون من أهل الذكاة ، وأن

فى أثناء المسائل (إلا) لمحرم فى غير الحرم أو (للتلهى) كما هو ظاهر (أو حرفة) على ما فى الأشباه .

قال المصنف : وإنما زدته تبعا له ، وإلا فالتحقيق عندى إباحة اتخاذه حرفة لأنه نوع من الاكتساب ، وكل أنواع الكسب فى الإباحة سواء على المذهب الصحيح كما فى البزازية وغيرها .

(نصب شبكة للصيد ملك ما تعقل بها ، بخلاف ما إذا نصبها للجفاف) فإنه لايملك ما تعقل بها (وإن وجد) المقلش أو غيره (خاتما أو دينارا مضروبا) بضرب أهل الإسلام (لا) يملكه ويجب تعريفه .

يوجد منه الإرسال ، وأن لا يشاركه فى الإرسال من لايحل صيده ، وأن لايترك التسمية عامدا ، وأن لايشتغل بين الإرسال والأخذ بعمل آخر . وخمسة فى الكلب : أن يكون معلما ، وأن يذهب على سنن الإرسال ، وأن لا يشاركه فى الأخذ ما لا يحل صيده ، وأن يقتله جرحا ، وأن لايأكل منه . وخمسة فى الصيد : أن لا يكون من الحشرات ، وأن لا يكون من بنات الماء إلا السمك ، وأن يمنع نفسه بجناحيه أو قوائمه ، وأن لا يكون متقويا بنابه أو بمخلبه ، وأن يموت بهذا قبل أن يصل إلى ذبحه اه . وفيه بحث مذكور مع جوابه فى المنح ، ومجموع هذه الشروط لما يحل أكله ولم يدركه حيا (قوله فى غيرالحرم) الأولى أن يقول أوفى الحرم ليشمل الصور الثلاث وهى صيد المحرم فى الحل أو الحرم أو الحلال فى الحرم (قوله كما هوظاهر) لأن مطلق اللهو منهى عنه إلا فى ثلاث كما مر فى الحظر (قوله على ما فى الأشباه) أى أخذا مما فى البزازية من أنه مباح إلا للتلهى أو حرفة . وفى مجمع الفتاوى : ويكره للتلهى ، وأن يتخذه حرفة ، وأقره فى الشرنبلالية (قوله لأنه نوع من الاكتساب) وبذلك استدل فى الهداية على إباحة الاصطياد بعد استدلاله عليه بالكتاب والسنة والإجماع ، وأقره الشراح (قوله وكل أنواع الكسب الخ) أى أنواعه المباحة ، بخلاف الكسب بالربا والعقود الفاسدة ونحوذلك (قوله على المذهب الصحيح) قال بعده فى التاترخانية . وبعض الفقهاء قالوا : الزراعة مذمومة ، والصحيح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء : ثم اختلفوا فى التجارة والزراعة أيهما أفضل . وأكثر مشايخنا على أن الزراعة أفضل اه وفى الملتقى والمواهب : أفضله الجهاد ، ثم التجارة ، ثم الحراثة ، ثم الصناعة اه .

أقول : فالمراد من قولهم كل أنواع الكسب فى الإباحة سواء أنها بعد إن لم تكن بطريق محظور لايذم بعضها وإن كان بعضها أفضل من بعض تأمل .

ثم إن كل نوع منها تارة يتخذه الإنسان حرفة ومعاشا وتارة يفعله وقت الحاجة فى بعض الأحيان ، وحيث كان الاصطياد نوعا منها دل على إباحة اتخاذه حرفة ولا سيما مع إطلاق الأدلة . وعبارات المتون : والكراهة لابد لها من دليل خاص ، وماقيل إن فيه إزهاق الروح وهو يورث قسوة القلب لايدل على الكراهة ، بل غايته أن غيره كالتجارة والحراثة أفضل منه .

وفى التاترخانية قال أبو يوسف : إذا طلب الصيد لهوا ولعبا فلا خير فيه وأكرهه ، وإن طلب منه ما يحتاج إليه من بيع أو إدام أو حاجة أخرى فلا بأس به اه (قوله تعقل) بتقديم العين المهملة على القاف : أى علق ونشب. قال فى المغرب : وهو مصنوع غير مسموع (قوله وإن وجد المقلش) بالقاف : وهو الذى يفتش المزابل بيده أو بالغربال ليستخرج ما فيها من النقود وغيرها ، والظاهر أنه لفظ عامى غير عربى ، فلتراجع كتب اللغة ، ولا مناسبة لهذه المسألة بباب الصيد ، ومحلها كتاب اللقطة حموى ملخصا . ووجد فى بعض نسخ المنح المفتش (قوله بضرب أهل الإسلام) أما المضروب بضرب الجاهلية فهو ركاز يخمس ، وتقدم أنه إذا اشتبه الضرب يجعل جاهليا ط (قوله ويجب تعريفه) إلى أن يعلم أنه لايطلبه ثم يتصدق به أو ينفقه على نفسه إن كان مصرفا ط

اعلم أن أسباب الملك ثلاثة : ناقل كبيع وهبة وخلافة كإرث وأصالة ، وهو الإستيلاء حقيقة بوضع اليد أو حكما بالتهيئة كنصب شبكة الصيد لا لجفاف على المباح الخالى عن مالك ، فلو استولى فى مفازة على حطب غيره لم يملكه ولم يحل للمفلس ما يجده بلا تعريف ، وتمام التفريع فى المطولات .

(ويحل الصيد بكل ذى ناب ومخلب) تقدما فى الذبائح (من كلب وباز ونحوهما بشرط قابلية التعليم و) بشرط (كونه ليس بنجس العين) .

ثم فرع على ما مهد من الأصل بقوله (فلا يجوز الصيد بدب وأسد) لعدم قابليتهما التعليم فإنهما لا يعملان للغير ، الأسد لعلو همته ، والدب لخساسته . وألحق بعضهم بالدب الحدأة لخساستها (ولا بخنزير) لنجاسة عينه ، وعليه فلا يجوز بالكلب على القول بنجاسة عينه ، إلا أن يقال إن النص ورد فيه فتنبه .

(قوله ناقل) أى من مالك إلى مالك ، وقوله وخلافة : أى ذو خلافة ، وكذا يقال فيما بعده ط (قوله وهو الاستيلاء حقيقة) شمل إحياء الموات فلا حاجة إلى عده قسما رابعا كما فعل الحموى (قوله كنصب شبكة لصيد لا لجفاف) تبع فيه صاحب الأشباه ، والأولى حذف قوله لصيد ليشمل ما إذا لم يقصد شيئا ، لما فى التاترخانية والظهيرية : الاستيلاء الحكمى باستعمال ما هو موضوع للاصطياد ، حتى إن من نصب شبكة فتعقل بها صيد ملكه قصد بها الاصطياد أولا فلو نصبها للتجفيف لا يملكه وإن نصب فسطاطا إن قصد الصيد يملكه وإلا فلا لأنه غير موضوع للصيد اهـ ملخصا فتأمل (قوله على المباح) متعلق بالاستيلاء (قوله عن مالك) أى ملك مالك (قوله على حطب غيره) أى بأن جمعه غيره (قوله ولم يحل الخ) لأنه لم يخل عن ملك مالك (قوله وتمام التفريع) أى على السبب الثالث فى المطولات ، منها ما فى التاترخانية وغيرها عن المنتقى بالنون : دخل صيد داره فلما رآه أغلق عليه الباب وصار بحال يقدر على أخذه بلا اصطياد بشبكة أو سهم ملكه ، وإن أغلق ولم يعلم به لا يملكه ولو نصب حبالة فوقع فيها صيد فقطعها وانفلت فأخذه آخر ملكه ، ولو جاء صاحب الحبالة ليأخذه ودنا منه بحيث يقدر على أخذه فانفلت لا يملكه الآخذ ، وكذا لو انفلت من الشبكة فى الماء قبل الإخراج فأخذه غيره ملكه لا لو رمى به خارج الماء فى موضع يقدر على أخذه فوقع فى الماء اهـ ملخصا . وفى بعض النسخ ، وتمام التعريف ، وهو غير مناسب كما لا يخفى (قوله تقدما فى الذبائح) يشير إلى أن المراد به ماتقدم ، وهو سبع له ناب أو مخلب يصيد به احترازا عن نحو البعير والحمامة . قال القهستانى : وفيه إشعار بأن ما لا ناب له ولا مخلب لم يحل صيده بلا ذبح لأنه لم يجرح كما فى الكرمانى (قوله وباز) فى الصحاح : البازلغة فى البازى الذى يصيد والجمع أبواز وبيزان وجمع البازى بزاة فالأول أجوف ، والثانى ناقص ، فظهر منه لحن قول بعض الفقهاء : البازى بتشديد الياء وتخفيفها كذا فى غرر الأفكار : أى حيث جوّزوا فيه التشديد مع أنه لم يسمع (قوله بدب وأسد) ذكر فى النهاية الذئب بدل الدب وكذا فى المحيط شرنبلالية ، وذكر فى الاختيار الثلاثة (قوله لعدم قابليتهما التعليم) حتى لو تصوّر التعلم منهما وعرف ذلك جاز شرنبلالية عن النهاية (قوله وعليه الخ) هو بحث للمصنف ، أى على أن العلة هى نجاسة عينه كما فى الهداية (قوله فلا يجوز) الفاء فصيحة : أى وإذا بنينا عدم الجواز فى الخنزير على نجاسة عينه فلا يجوز بالكلب بناء على القول بنجاسة عينه أيضا . وذكر فى المعراج عن النخعى والحسن البصرى وغيرهما أنه لا يجوز بالكلب الأسود البهيم ، لأنه عليه الصلاة والسلام قال «هو شيطان» وأمر بقتله ، وما وجب قتله حرم اقتناؤه وتعليمه فلم يبح صيده كغير المعلم . ولنا عموم الآية والأخبار اهـ (قوله وإن النص ورد فيه) وهو قوله عليه الصلاة والسلام لعدى بن حاتم « إذا أرسلت كلبك فاذكر اسم الله تعالى ، فإن أمسك عليك فأدركته قد قتل ولم يأكل منه فكله فإن أخذ الكلب ذكاة » رواه البخارى ومسلم وأحمد

وبه يندفع قول القهستانى : إن الكلب نجس العين عند بعضهم ، والخنزير ليس بنجس العين عند أبى حنيفة على ما فى التجريد وغيره فتأمل (بشرط علمهما) علم ذى ناب ومخلب (وذا بترك الأكل) أما الشرب من دم الصيد فلا يضر قهستانى ويأتى (ثلاثا فى الكلب) ونحوه (وبالرجوع

(قوله وبه يندفع قول القهستانى) حيث قال : يحل صيد كل ذى ناب ، كالكلب والفهد والنمر والأسد وابن عرس والدب والخنزير وغيرها بشرط العلم . وعن أبى يوسف أنه يستثنى منه الخنزير لكونه نجس العين ، والأسد والدب لأنهما لايعملان للغير ، وقد يلحق الحدأة بالدب مضمرات : وفى ظاهر الرواية الشرط قبول التعليم . وما قال السغناقى : إن الأسد والدب لايتصور فيهما التعليم ، فقد صرح بخلافه فى البيع ، والخنزير عند الإمام ليس بنجس العين على ما فى التجريد وغيره . على أن الكلب نجس العين عند بعضهم ، وقد حل صيده بالاتفاق اه ملخصا .

وحاصله البحث فى استثناء الخنزير والأسد والدب . وفى التعليل : لأن الشرط فى ظاهر الرواية قبول التعليم فيحل بكل معلم ولو خنزيرا ، وكونه نجس العين لايمنع بدليل أن الكلب كذلك عند بعضهم مع أنه لم يقل أحد بعدم حل صيده . ووجه الدفع الذى أفاده الشارح الفاضل أن النص ورد فى الكلب وإن قيل بنجاسة عينه فلا يلحق به الخنزير .

والحاصل أن هذا الجواب دفع به الشارح شيئين : الأول ما بحثه المصنف من إلحاق الكلب بالخنزير فى عدم حل الصيد بناء على القول بنجاسة عين الكلب . والثانى ما بحثه القهستانى من إلحاق الخنزير بالكلب فى حل الصيد .

ووجه الأول أن الكلب وإن قيل بنجاسة عينه ، لكن لما ورد النص فيه بخصوصه وجب اتباعه . ووجه الثانى أن الخنزير وإن دخل ظاهرا فى عموم قوله تعالى - وما علمتم من الجوارح - لكنه مستثنى لحرمة الانتفاع بنجس العين ، وما ورد به نص بخصوصه حتى يتبع بل أمرنا باجتنابه ، فلا يصح قياسه على الكلب المنصوص عليه ، ولذا جزم باستثنائه المصنف كالهداية والتبيين والبدائع والاختيار ، هذا تقرير كلام الشارح الفاضل وقد خفى على غير واحد ونسبه بعضهم للغفلة وهو برىء عنها ولله تعالى دره لعم فاته الجواب عن قول القهستانى : والخنزير ليس بنجس العين ، لكن تركه لظهور أن المذهب خلافه ، والتعليل بنجاسة عينه مبنى على ما هو المذهب تأمل (قوله بشرط علمهما) بدليل الحديث المار ، وقوله تعالى - مكلبين - أى معلمين الاصطياد - تعلمونهن - تؤدبوهن ، وتمامه فى الزيلعى ، والمناسب الإتيان بالواو عطفا على قوله بشرط التعليم ، ثم إن هذا الشرط مغن عن ذاك (قوله وذا) أى العلم والباء فى بترك للتصوير ط (قوله بترك الأكل ثلاثا) أى متواليات قهستانى وهذا عندهما ، وهو رواية عنه لأن فيما دونه مزيد الاحتمال ، فلعله تركه مرة أو مرتين شبعا ، فإذا تركه ثلاثا دل على أنه صار عادة ، وتمامه فى الهداية .

ونقل ط عن الحموى : أنه لابد من ترك الأكل مع الجوع لا الشبع فتأمل وعم أكله من الجلد والعظم والجناح والظفر وغيرها كما فى قاضى خان وغيره قهستانى . وعند أبى حنيفة لابد أن يغلب على ظن الصائد أنه معلم ولا يقدر بالثلاث ، ومشى فى الكنز والنقاية والاصطلاح ومختصر القدورى على اعتبار التقدير بالثلاث ، وظاهر الملتقى ترجيح عدمه . ثم على رواية التقدير عن الإمام يحل ما اصطاده ثالثا ، وعندهما فى حل الثالث روايتان . قال فى الخلاصة والبزازية : والأصح الحل (قوله فى الكلب ونحوه) أى من كل ذى ناب ، فيشمل نحو الفهد والنمر ، وقوله بالرجوع إذا دعوته فى البازى ونحوه أى من كل ذى مخلب . قال فى الهداية : لأن بدن البازى لايحتمل

إذا دعوته فى البازى) ونحوه (و) بشرط (جرحهما فى أى موضع منه) على الظاهر وبه يفتى ، وعن الثانى يحل بلا جرح ، وبه قال الشافعى (و) بشرط (إرسال مسلم أو كتابى و) بشرط (التسمية عند الإرسال)

الضرب وبدن الكلب يحتمل فيضرب ليتركه ، ولأن آية التعليم ترك ماهو مألوفه عادة والبازى متوحش متنفر فكانت الإجابة آية تعليمه :

أما الكلب فهو ألوف يعتاد الانتهاب ، فكان آية تعليمه ترك مألوفه وهو الأكل والاستلاب اهـ : والتعليل الثانى لا يتأتى فى الفهد والنمر فإنه متوحش كالبازى مع أن الحكم فيه وفى الكلب سواء ، فالمعتمد هو الأول كفاية عن المبسوط ، ونحوه فى العناية والمعراج : وفى التاترخانية عن الكافى : والحكم فى الفهد والكلب سواء اهـ أى لا يشترط فيه إلا ترك الأكل : وفى الاختيار ما يخالفه حيث قال : والفهد ونحوه يحتمل الضرب ، وعادته الافتراس والنفار فيشترط فيه ترك الأكل والإجابة جميعا ، ومثله فى الدر وغاية البيان وغيرهما وهو مبنى على اعتبار التعليل الثانى :

أقول : ومقتضى اعتماد التعليل الأول ترجيح ما مر فتدبر :

[تنبيه] لم يذكر البازى بكم إجابة يصير معلما فينبغى أن يكون على الاختلاف الذى ذكر فى الكلب ، ولو قيل يصير معلما بإجابة واحدة كان له وجه لأن الخوف ينفره بخلاف الكلب زيلعى :

قلت : وفى التاترخانية والذخيرة وغيرهما : إذا فر البازى من صاحبه فدعاه فلم يجبه حتى حكم بكونه جاهلا إذا أجاب صاحبه ثلاث مرات بعد ذلك على الولاء يحكم بتعلمه عندهما : وقال قبله عن المحيط : وأما البازى وما بمعناه فترك الأكل فى حقه ليس علامة تعلمه بل أن يجيب صاحبه إذا دعاه ، حتى إذا أكل من الصيد يؤكل صيده . قال بعض مشايخنا : هذا إذا أجاب عند الدعوة لإلفه به من غير أن يطمع فى اللحم ، أما إذا كان لا يجيب إلا لطمع فى اللحم لا يكون معلما اهـ ومثله فى الظهيرية (قوله إذا دعوته) أى دعوت الجارح المعلوم من المقام (قوله وبشرط جرحهما) أى ذى الناب والمخلب (قوله على الظاهر) أى ظاهر الرواية فى البدائع الاصطياد بذى ناب أو مخلب كالبازى والشاهين لا يحل ما لم يجرح فى ظاهر الرواية : وعن أبى حنيفة وأبى يوسف يحل : زاد فى العناية والمعراج وغيرهما والفتوى على ظاهر الرواية :

أقول : وهو ظاهر إطلاق ما فى المتون . فما فى القهستانى عن النظم من أن البازى والصقر : لو قتلاه خنقا حل بالاتفاق مشكل . وما فى الخانية من قوله : ولو أرسل الكلب فأصاب الصيد وكسر عنقه ولم يجرحه أو جثم عليه : أى جلس على صدره وخنقه لا يؤكل : وعن أبى يوسف : لا يشترط الجرح ؛ والبازى إذا قتل الصيد حل وإن لم يجرح اهـ : قال بعضهم : وهو على خلاف ظاهر الرواية :

أقول : يؤيده أنه ذكره بعد قوله وعن أبى يوسف ، فما فى القهستانى من حمله كلام الخانية على ما فى النظم ورده قول ذلك البعض فيه نظر ، لما علمت من مخالفة ما فى النظم لظاهر الرواية المفتى به تأمل : وذكر القهستانى أن الإدماء ليس بشرط ، ومنهم من شرطه إن كانت الجراحة صغيرة ، وفيه كلام سيأتى (قوله وبشرط إرسال مسلم أو كتابى) سيأتى محترزه وهو المجوسى والوثنى والمرتد ، فلو انفلت من صاحبه فأخذ صيدا فقتله لم يؤكل ، كما لو لم يعلم بأنه أرسله أحد لأنه لم يقطع بوجود الشرط قهستانى وسيأتى (قوله وبشرط التسمية) أى ممن يعقل ، بخلاف غيره من صبى أو مجنون أو سكران كما فى البدائع (قوله عند الإرسال) فالشرط اقتران التسمية به ، فلو تركها عمدا عند الإرسال ثم زجره معها فانزجر لم يؤكل صيده قهستانى ، فلا تعتبر التسمية وقت الإصابة فى الذكاة

ولو حكما ، فالشرط عدم تركها عمدا (على حيوان ممتنع) أى قادر على الامتناع بقوائمه أو بجناحيه (متوحش) فالذى وقع فى الشبكة أو سقط فى البئر أو استأنس لا يتحقق فيه الحكم المذكور ولذا قال (يؤكل) لأن الكلام فى صيد الأكل وإن حل صيد غيره كما سيجىء ، أو أعم لحل الانتفاع بالجلد مثلا كما يأتى فتأمل (و) بشرط (أن لايشرك الكلب المعلم كلب لايحل صيده ككلب) غير معلم وكلب (مجوسى) أو لم يرسل أو لم يسمّ عليه (و) بشرط أن (لاتطول وقفته بعد إرساله) ليكون الاصطياد مضافا للإرسال

الاضطرارية ، بخلاف الاختيارية لأن التسمية تقع فيها على المذبوح لاعلى الآلة ، فلوأضجع شاة وسمى ثم أرسلها وذبح أخرى بالتسمية الأولى لم تجزه ، ولورمى صيدا أو أرسل عليه كلبا فأصاب آخر فقتله أكل ، ولو أضجع شاة وسمى ثم ألقى السكين وأخذ سكينا أخرى فذبح بهاتؤكل : بخلاف ما لو سمى على سهم ثم رمى بغيره وتمامه فى البدائع (قوله و لو حكما) راجع إلى التسمية وقصد به إدخال الناسى فى حكم المسمى ط (قوله على حيوان) ولو غير معين ، فلو أرسل على صيد وأخذ صيودا أكل لكل مادام فى وجه الإرسال قهستانى عن الخانية ، وكذا لو أرسله على صيود كثيرة كما يأتى ، وقد أشار المصنف إلى مافى البدائع أن من الشروط من أن يكون الإرسال أو الرمى على الصيد أو إليه . قال : حتى لو أرسل على غير صيد أو رمى إلى غير صيد فأصاب صيدا لايحل لأنه لايكون اصطيادا فلا يضاف إلى المرسل أو الرامى اه وسيأتى تمام التفريع عليه فى قول المصنف سمع حس إنسان الخ ، وعليه فالظرف تنازعه كل من التسمية والإرسال فتدبر (قوله متوحش) أى طبعا كما قدمناه أول الكتاب .

وفى البزازية : رمى إلى برج الحمام فأصاب حماما ومات قبل أن يدرك ذكاته لايحل ، وللمشايخ فيه كلام أنه هل يحل بذكاة الاضطرار أم لا : قيل يباح لأنه صيد ، وقيل لا لأنه يأوى إلى البرج فى الليل اه (قوله فالذى الخ) محترز القيود (قوله لايتحقق فيه الحكم المذكور) أى الحل بالاصطياد ، فإن الأول والثالث ذكاتهما الذبح ، وكذا الثانى إن أمكن ذبحه ، وإلا ففى البدائع : ما وقع فى بئر فلم يقدر على إخراجه ولا ذبحه فذكاة الصيد لكونه فى معناه اه وكذا تقدم فى الذبائح أنه يكفى فيه الجرح كنعم توحش : إلا أن يقال إن الكلام الآن فى الصيد بذى ناب أو مخلب وذا لا يمكن هنا وإن أمكن ذكاته بسهم ونحوه تأمل (قوله ولذا قال الخ) يعنى أن ما ذكر لايحل بالاصطياد بل لابد فيه من الذبح ، لأن المراد بالصيد ما يؤكل أو أعم للانتفاع بجلده ، ولا يحل شىء مما ذكر بالاصطياد لاللأكل ولا للانتفاع بجلده ، لأن حل اللحم أو الجلد بالاصطياد إنما هو إذا لم تمكن الذكاة الاختيارية وماذكر أمكنت فيه لخروجه عن الامتناع أو التوحش فافهم (قوله وبشرط أن لايشرك الخ) أى لايشركه فى الجرح .

وحاصل مافى الهداية والزيلعى وغيرهما أنه إما أن يشارك المعلم غير المعلم فى الأخذ والجرح فلا يحل ، أو فى الأخذ فقط بأن فر من الأول فرده عليه الثانى ولم يجرحه ومات بجرح الأول كره أكله تحريما فى الصحيح ، وقيل تنزيها ، بخلاف ما إذا رده عليه مجوسى بنفسه حيث لا يكره لأن فعل المجوسى ليس من جنس فعل الكلب فلم تتحقق المشاركة ، بخلاف فعل الكلبين ولو لم يرده الثانى على الأول ، لكن اشتد على الأول فاشتد الأول على الصيد بسببه فقتله الأول فلا بأس به ؛ ولو رده عليه سبع أو ذو مخلب من الطير مما يمكن تعليمه والاصطياد به فهو كما لو رده الكلب عليه للمجانسة ، بخلاف مالو رده عليه مالا يصطاد به كالجمل والبقر ثم البازى كالكلب فى جميع ما ذكرنا (قوله أو لم يرسل الخ) العطف على غير معلم ، فكان ينبغى ذكره قبل قوله وكلب مجوسى تأمل (قوله وبشرط أن لاتطول وقفته) أى وقفة المعلم للاستراحة ، ولو أكل خبزا بعد الإرسال أو بال لم يؤكل كما فى المحيط ، فالأولى أن يقول أن لايشتغل بعمل آخر بعد الإرسال كما فى النظم وغيره ، لأن عدم الطول أمر غير

(بخلاف ماإذا كمن) واستخفى (كالفهد) أى كما يكمن الفهد على وجه الحيلة لا للاستراحة . وللفهد خصال حسنة ينبغى لكل عاقل العمل بها كما بسطه المصنف ، فإن أكل منه البازى أكل لأن تعليمه ليس بترك أكله ؛

(وإن أكل الكلب) ونحوه (لا) يؤكل مطلقا عندنا (كأكله منه) أى كما لا يؤكل الصيد الذى أكل الكلب منه (بعد تركه) للأكل (ثلاث مرات) لأنه علامة الجهل (وكذا) لا يأكل (ما صاد بعده حتى يتعلم) ثانيا بترك الأكل ثلاثا (أو) ما صاده (قبله لو بقى فى ملكه) فإن ما أتلفه من الصيد لا تظهر فيه الحرمة اتفاقا لفوات المحل ، وفيه إشكال ذكره القهستانى

مضبوط قهستانى ، ولو عدل عن الصيد يمنة أو يسرة أو تشاغل فى غير طلب الصيد وفتر عن سننه ثم أتبعه فأخذه لم يؤكل إلا بإرسال مستأنف أو أن يزجره صاحبه ويسمى فيما يحتمل الزجر فينزجر بدائع ، وإذا رد السهم ريح إلى ورائه أو يمنة أو يسرة فأصاب صيدا لا يحل ، وكذا لو رده حائط أو شجرة ، وتمامه فى الخانية (قوله بخلاف ما إذا كمن) على وزن نصر وسمع كما فى القاموس ، وقوله واستخفى عطف تفسير وهذا كالاستثناء مما قبله (قوله كما بسطه المصنف) ونصه : قال شمس الأئمة السرخسى ناقلا عن شيخه شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى : للفهد خصال ينبغى لكل عاقل أن يأخذ ذلك منه :

منها أنه يكمن للصيد حتى يتمكن منه وهذه حيلة منه للصيد فينبغى للعاقل أن لا يجاهر عدوه بالخلاف ولكن يطلب الفرصة حتى يحصل مقصوده من غير إتعاب نفسه . ومنها أنه لا يتعلم بالضرب ولكن يضرب الكلب بين يديه إذا أكل من الصيد فيتعلم بذلك ، وهكذا ينبغى للعاقل أن يتعظ بغيره كما قيل : السعيد من وعظ بغيره ؛ ومنها أنه لا يتناول الخبيث وإنما يطلب من صاحبه اللحم الطيب ، وهكذا ينبغى للعاقل أن لا يتناول إلا الطيب ؛ ومنها أنه يثب ثلاثا أو خمسا فإذا لم يتمكن من أخذه ترك ويقول لا أقتل نفسى فيما أعمل لغيرى ، وهكذا ينبغى لكل عاقل (قوله فإن أكل الخ) تفريع على قوله بشرط علمهما الخ (قوله مطلقا عندنا) أى سواء كان نادرا أو معتادا . وللشافعى قولان فيما إذا كان نادرا ؛ ففى قول يحرم ، وفى قول يحل وبه قال مالك وتمامه فى المنح (قوله بعد تركه للأكل) اللام للتقوية وهى الداخلة على معمول عامل ضعف بالتأخير أو فرعيته عن غيره نحو — لربهم يرهبون — فعال لما يريد — (قوله ثلاث مرات) أى عندهما وبرأى الصائد عنده ط (قوله ما صاد بعده) أى بعد الأكل المذكور الذى هو بعد تركه له ثلاث مرات وكذا الضمير فى قبله (قوله لو بقى فى ملكه) قيد لقوله أو قبله ، وشمل ما لم يحرز بأن كان فى المفازة بعد والحرمة فيه بالاتفاق أو أحرزه فى بيته عند أبى حنيفة ، وعندهما لا يحرم ، وتمامه فى الزيلعى ؛

والحاصل أن الإمام حكم بجهل الكلب مستندا وهما بالاقتصار على ما أكل ، والأول أقرب إلى الاحتياط عناية وهو الصحيح قهستانى عن الزاد (قوله فإن ما أتلفه) أى بالأكل ونحوه ، وهذا مفهوم قوله لو بقى فى ملكه ؛

وفى التاتر خانية : وأما ما باعه فلا شك أن على قولهما لا ينقض البيع ، فأما على قوله فينبغى أن ينقض إذا تصادق مع المشترى على جهل الكلب (قوله وفيه إشكال ذكره القهستانى) حيث قال : وههنا إشكال فإن الحكم بالشىء لا يقتضى الوجود ، ألا ترى أنا نحكم بحرية الأمة الميتة عند دعوى الولد حريتها اهـ ؛

وصورتها فيما ظهر لى أن امرأة ولدت بنكاح فادعى رجل بعد موتها أنها أمته زوجها من أب الولد فأثبت الولد حريتها تثبت ويندفع عنه الرق تأمل . وعليه فلا يظهر ما أجاب به بعض الفضلاء من أن الحكم عليها بالحرية إنما سرى إليها بواسطة الولد لأنه الأصل فى دعوى النسب فيعتق فتتبعه أم الولد ، وكم من شىء يثبت ضمنا لا قصدا اهـ ملخصا ؛

(كصقر فر من صاحبه فمكث حينا ثم رجع إليه فأرسله) فصاد لم يؤكل لتركه ما صار به معلما فيكون كالكلب إذا أكل :

(ولو أخذ) الصياد (الصيد من الكلب وقطع منه بضعة وألقاها إليه فأكلها أو خطف الكلب منه وأكله أكل ما بقي ؛ كما لو شرب الكلب من دمه) لأنه من غاية علمه :

(ولو نهش الصيد فقطع منه بضعة فأكلها ثم أدركه فقتله ولم يأكل منه لا يؤكل) لأكله حالة الاصطياد :

(ولو ألقى ما نهشه واتبع الصيد فقتله ولم يأكل منه حتى أخذه صاحبه ثم أكل ما ألقى حل) لأنه حينئذ لو أكل من نفس الصيد لم يضر كما مر :

(وإذا أدرك) المرسل أو الرامي (الصيد حيا) بحياة فوق ما في المذبوح (ذكاه) وجوبا (وشرط لحله بالرمي التسمية) ولو حكما كما مر (و) شرط (الجرح) ليتحقق معنى الذكاة (و) شرط (أن لا يقعد عن طلبه لو غاب) الصيد (متحملا بسهمه) فما دام في طلبه يحل ، وإن قعد عن طلبه ثم أصابه ميتا لا لاحتمال موته بسبب آخر : وشرط في الخانية لحله أن لا يتوارى عن بصره ، وفيه كلام مبسوط في الزيلعي وغيره :

نعم يظهر ذلك فيما لو ادعى المولى أنه ابنه من أمته الميتة تأمل : وقد يجاب عن الإشكال بأنه لا ثمرة تترتب على ثبوت الحرمة ، وما قيل الثمرة بطلان البيع لو باعه والرجوع بالثمن لأنه ميتة أو لزوم التوبة ، ففيه أن الكلام في الفائت بنحو الأكل ، ومسألة البيع خلافية كما مر وهذه وفاقية ولم يكن الأكل معصية قبل العلم بذلك حتى تلزم التوبة تأمل (قوله كصقر فر من صاحبه) بأن صار لا يجيب إذا دعاه كما يفيده التعليل (قوله فيكون كالكلب إذا أكل) فلا يحل صيده حتى يتعلم ثانيا بأن يجيب صاحبه ثلاث مرات على الولاء كما قدمناه عن التاترخانية (قوله أكل مابقي) لأنه بعد الإحراز لم يبق صيدا ، بخلاف ما قبله لبقاء جهة الصيدية فيه أفاده الزيلعي (قوله لأنه من غاية علمه) حيث شرب مالا يصلح لصاحبه وأمسك عليه مايصلح له زيلعي (قوله ولو نهش) بالشين المعجمة أو السين المهملة بمعنى واحد : وهو أخذ اللحم بمقدم الأسنان (قوله وإذا أدرك المرسل) أي مرسل الكلب أو البازي ، وقوله أو الرامي : أي رامي سهم ونحوه ، وكان ينبغي إسقاط هذا كله لأنه سيذكره مبسوطا (قوله وشرط الخ) شروع في أحكام الآلة الثانية من آلتي الاصطياد ، لأنها إما حيوانية أو جمادية (قوله التسمية) أي عند الرمي كما قدمناه (قوله ولو حكما) كالناسي (قوله وشرط الجرح) فلودقه السهم لم يؤكل لفقد الذكاة ، وفي خروج الدم الخلاف السابق أفاده القهستاني ط (قوله ليتحقق معنى الذكاة) أي التطهير بإخراج الدم الذي أقيم الجرح مقامه ط (قوله وشرط أن لايقعد) أي المرسل أو الرامي الصيد أومن يقوم مقامه بدائع : أي كخادمه أو رفيقه (قوله متحاملا) التحامل في المشي : أن يتكلفه على مشقة وإعياء ، ومنه تحامل الصيد : أي تكلف الطيران مغرب . وفائدة ذكره أنه لو غاب وتوارى بدونه فوجده ميتا لايحل مالم يعلم جرحه يقينا معراج (قوله يحل) أي إلا إذا وجد به جراحة سوى جراحة سهمه فلا يحل هداية ، وتمامه في الزيلعي (قوله لاحتمال موته بسبب آخر) هذا الاحتمال موجود أيضا فيما إذا لم يقعد عن طلبه لكنه سقط للضرورة كما في الهداية ، ومفاده كظاهر المتن أنه لا يشترط أن لا يتوارى عن بصره (قوله وفيه كلام مبسوط في الزيلعي) حيث ذكر أولا عبارة الخانية ، وذكر أنها نص على اشتراطه وأن صاحب الهداية أشار إلى ذلك أيضا مع أنه مناقض لأول كلامه ، حيث بنى الأمر على الطلب وعدمه لاعلى التواري وعدمه وعليه أكثر كتب أصحابنا لقوله عليه الصلاة والسلام لأبي ثعلبة : « إذا رميت سهمك فغاب ثلاثة أيام وأدركته فكله مالم ينتن » رواه مسلم وأحمد وأبو داود ، وروى « أنه

(فإن أدركه الرامى أو المرسل حيا ذكاه) وجوبا فلو تركها حرم وسيجيء (والحياة المعتبرة هنا ما) يكون (فوق ذكاة المذبوح) بأن يعيش يوما ، وروى أكثره مجمع . أما مقدارها وهو ما لايتوهم بقاؤه كما فى الملتقى يعتبر ههنا ، حتى او وقع فى ماء لم يحرم .

عليه الصلاة والسلام كره أكل الصيد إذا غاب عن الرامى وقال : لعل هوام الأرض قتلته » فيحمل هذا الحديث على ما إذا قعد عن طلبه والأول على ما إذا لم يقعد اه ملخصا .

وأقول : نص عبارة الخانية هكذا : والسابع أن لا يتوارى عن بصره أو لا يقعد عن طلبه فيكون فى طلبه ولا يشتغل بعمل آخر حتى يجده لأنه إذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل الخ . فأنت ترى كيف جعل الشرط أحد الأمرين : إما عدم التوارى ، أو عدم القعود لتعبيره بأو ، فلعل نسخة الزيلعى بالواو فقال ما قال . وأما التعليل بقوله لأنه إذا غاب الخ أى مع القعود عن طلبه بدليل قوله فى الخانية بعده : وإذا توارى الكلب والصيد عن المرسل أو رمى إلى صيد فوجده بعد ذلك ميتا وفيه سهمه ليس فيه جرح آخر حل أكله إذا لم يترك الطلب ، لأنه لا يستطاع الامتناع عن التوارى عن البصر فيكون عفوا اهـ ونحوه فى الهداية فيتعين حمل ما أوهم خلافه عليه .

وفى البدائع : ومنها أن يلحقه قبل التوارى عن بصره أو قبل انقطاع الطلب ، فإن توارى عنه وقعد عن طلبه لم يؤكل ، أما إذا لم يتوار عنه أو توارى ولم يقعد عن طلبه أكل استحسانا اهـ وهذا يعين أن نسخة الخانية بأولا بالواو ، فاغتنم هذا التحرير .

[تنبيه] فيما ذكر إشعار بأن مدة الطلب غير مقدرة ، وقد قال أبو حنيفة إنها مقدرة بنصف يوم أو ليلة ، فإن طلبه أكثر منه لم يأكل . وفى الزيادات إن طلبه أقل من يوم أكل كما فى المضمرات قهستانى .

[فروع] فى شرح المقدسى : رمى طيرا فوقع فى الماء وكان لو دخله بخفه أدركه فاشتغل بنزعه فوجده ميتا حرمه بديع الدين . وقال غيره : يحل لأن دخوله مع الخف إضاعة مال وخلاف العادة فصار كنزع الثياب . قال السائحانى : هذا إذا كان فيه حياة غير المذبوح وإلا فلا تعتبر ، ولو نصب شبكة أحبولة وسمى ووقع بها صيد ومات مجروحا لا يحل ، ولو كان بها آلة جارحة كمنجل وسمى عليه وجرحه حل عندنا ، كما لو رماه بها : وفى البزازية : وضع منجلا فى الصحراء لصيد حمار الوحش فجاءه فإذا هو متعلق به وهو ميت وكان سمى عند الوضع لا يحل : قال المقدسى : وهذا محمول على ما إذا قعد عن طلبه اهـ وفيه كلام قدمناه فى الذبائح (قوله والحياة المعتبرة هنا) أى فى الصيد احترازا عما يأتى من المتردية ونحوها (قوله فوق ذكاة المذبوح) صوابه حياة المذبوح كما عبر فى الملتقى (قوله بأن يعيش يوما الخ) أقول : ذكر صاحب المجمع ذلك فى المنخنقة ونحوها . وعبارته مع شرحه : ولو ذكى المنخنقة أو الموقوذة وبها حياة حلت فى ظاهر الرواية ، وكونها بحيث تبقى يوما شرط فى رواية عن أبى حنيفة ، ويعتبر أبو يوسف أكثر اليوم ، وقال محمد : لو فيها أكثر مما فى المذبوح تؤكل وإلا فلا اهـ . قال فى البدائع : وذكر الطحاوى قول محمد مفسرا فقال : على قول محمد إن لم يبق معها إلا اضطراب الموت فذبحها لا تحل وإن كانت تعيش مدة كاليوم أو كنصفه حلت اهـ : وبه يظهر تفسير حياة المذبوح وما فوقها . أما ما فى المجمع فليس تفسيرا لها تأمل و على أن ما نقله عن أبى يوسف هو رواية عنه كما فى البدائع . وذكر أن ظاهر الرواية عن أبى يوسف أنه يعتبر من الحياة ما يعلم أنها تعيش به ، فإن علم أنها لا تعيش فذبحها لا تؤكل (قوله أما مقدارها) أى مقدار حياة المذبوح (قوله فلا يعتبر ههنا) أى فى الصيد : قال فى الهداية : أما إذا شق الكلب بطنه وأخرج ما فيه ثم وقع فى يد صاحبه حل ، لأن ما بقى اضطراب المذبوح فلا يعتبر ، كما إذا وقعت شاة فى الماء بعد ما ذبحت اهـ .

(و) المعتبر (فى المتردية وأخواتها) كنطحية وموقوذة وما أكل السبع (والمريضة) مطلق (الحياة وإن قلت) كما أشرنا إليه (وعليه الفتوى) وتقدم فى الذبائح (فإن تركها) أى الذكاة.(عمدا) مع القدرة عليها (فمات) حرم ، وكذا يحرم لو عجز عن التذكية فى ظاهر الرواية . وعن أبى حنيفة وأبى يوسف يحل ،

وفى الخانية : أرسل كلبه المعلم على صيد فجرحه وبقى فيه من الحياة ما يبقى فى المذبوح بعد الذبح فأخذه المالك ولم يذكه حل أكله اه . زاد فى الظهيرية : يحل بالاتفاق لأن الأول وقع ذكاة فيستغنى عن ذكاة أخرى اه :

وحاصله أن مافيه حياة المذبوح لم يبق قابلا للذكاة استغناء بالذكاة الاضطرارية ، حتى لو وقع فى الماء فمات لم يحرم لأن موته لم يضف إلى وقوعه لأنه فى حكم الميت قبله فلم تعتبر هذه الحياة ، بخلاف المتردية ونحوها فإنها تعتبر فيها الحياة وإن قلت فتحل بالذكاة . فظهر أن بين الصيد وغيره فرقا . وظاهره أنه لا فرق بين أن يكون متمكنا من ذكاة الصيد فى هذه الصورة أو لا .

ويخالفه مافى العناية من أنه إن تمكن من ذبحه فلم يذبحه حتى مات لم يؤكل سواء كانت الحياة فيه بينة أو خفية ؛ وإن لم يتمكن ، فإن كانت فوق حياة المذبوح فكذلك فى ظاهر الرواية وإن مقدارها أكل اه ملخصا . ومقتضاه أن يحمل ماقدمنا عن الخانية على ما إذا لم يتمكن :

ويخالف جميع ذلك ما فى الزيلعى حيث قال ما حاصله : إذا أدركه حيا ولم يذكه حرم إن تمكن من ذبحه وإلا فلو فيه من الحياة قدر مافى المذبوح ، بأن بقر : أى الكلب بطنه ونحو ذلك ولم يبق إلا مضطربا اضطراب المذبوح فحلال . قال الصدر الشهيد بالإجماع ، وقيل هذا قولهما : وعنده لايحل إلا إذا ذكاه لأن الحياة الخفية معتبرة عنده لا عندهما كما فى المتردية ونحوها ، وإن كان فيه من الحياة فوق مافى المذبوح لا يؤكل فى ظاهر الرواية اه :

ثم قال : فلا يحل إلا بالذكاة سواء كانت خفية أو بينة بجرح المعلم أو غيره من السباع ، وعليه الفتوى لقوله تعالى - إلا ماذكيتم - فيتناول كل حى مطلقا ، وكذا قوله عليه الصلاة والسلام « فإن أدركته حيا فاذبحه » مطلق والحديث صحيح رواه البخارى ومسلم وأحمد اه وهو ترجيح لمقابل قول الصدر الشهيد . وهو قول الإمام الرازى كما فى غاية البيان ، ولم أر من رجحه غيره ، وهو مخالف لظاهر الهداية وغيرها . وعليه فلا فرق بين الحياة المعتبرة فى الصيد وغيره :

والحاصل أنه لو أخذ الصيد وفيه من الحياة كما فى المذبوح ولم يذكه ، فعلى ما فى الخانية والظهيرية يحل ، وعلى مافى العناية يحل إن لم يتمكن من ذبحه ، وعلى ما فى الزيلعى لايحل أصلا إلا بالذكاة كما إذا لم يتمكن أو كان فيه من الحياة فوق مافى المذبوح أخذا من إطلاق الأدلة . وحكى فى البدائع الأول عن عامة المشايخ ، والثالث عن الجصاص ، وظاهر كلامه ترجيح الأول ، وهو ظاهر مافى الهداية فتأمل :

ثم اعلم أن هذا كله فيما إذا أدركه وأخذه : فلو أدركه ولم يأخذه ، فإن كان وقت لو أخذه أمكنه ذبحه لم يؤكل وإن كان لايمكنه أكل كذا فى الهداية (قوله فى المتردية) أى الواقعة فى بئر أو من جبل. والنطيحة : المقتولة بنطح أخرى . والموقوذة : المقتولة ضربا (قوله كما أشرنا إليه) أى من تقييده ما مر بقوله هنا (قوله وعليه الفتوى) أى فتحل بالذكاة وكذا الفتوى على اعتبار مطلق الحياة فى الصيد على ما مر عن الزيلعى (قوله فإن تركها أى الذكاة) أى ذكاة الصيد ، وقوله حرم جواب الشرط مع أنه سيأتى فى المتن لكنه لبعده قدره الشارح هنا (قوله ولو عجز عن التذكية) بأن لم يجد آلة أصلا أو يجد لكن لايبقى من الوقت ما يمكن تحصيل الآلة والاستعداد للذابح ، وهذا إذا كان فيه من الحياة أكثر مما فى المذبوح بعد الذبح. وأما إذا كان مثله فهو ميت حكما فيحل إجماعا كما فى

وهو قول الشافعى : قال المصنف : وفى متنى ومتن الوقاية إشارة إلى حله ، والظاهر ماسمعته اه .

قلت : ووجه الظاهر أن العجز عن التذكية فى مثل هذا لا يحل الحرام (أو أرسل مجوسى كلبا فزجره مسلم فانزجر أو قتله معراض بعرضه) وهو سهم لا ريش له ، سمى به لإصابته بعرضه ؛ ولو لرأسه حدة فأصاب بحده حل (أو بندقة ثقيلة ذات حدة) لقتلها بالثقل لا بالحد ، ولو كانت خفيفة بها حدة حل لقتلها بالجرح ، ولو لم

الهداية وغيرها قهستانى ، والتفصيل مخالف لما قدمناه عن الزيلعى (قوله وهو قول الشافعى) كذا فى الهداية : والذى فى التبيين أن الشافعى فصل ، فقال : إن لم يتمكن من الذبح لفقد الآلة لم يؤكل لأن التقصير من جهته ، وإن كان لضيق الوقت أكل لعدم التقصير اه .

وفى التاترخانية : وإن كان عدم التمكن بضيق الوقت ، بأن بقى فيه من الحياة مقدار ما لا يتأتى فيه الذبح ذكر شمس الأئمة السرخسى فى شرحه أنه لا يحل عندنا : وقال الحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل : يحل ، وهوقول الشافعى وبه أخذ الصدر الشهيد : وفى الغياثية : وهو المختار وفى الينابيع : روى عن أصحابنا الثلاثة أنه يؤكل استحسانا ، وقيل بأن هذا أصح اه .

فان قيل : وضع المسألة فيما حياته فوق المذبوح فكيف يتصور ضيق الوقت عن الذبح ؟ أجيب بأن المقدار الذى يكون فى المذبوح كالعدم لكون الصيد فى حكم الميت ، والزائد على ذلك قد لايسع للذبح فيه فكان عدم التمكن متصورا عناية (قوله إشارة إلى حله) حيث قيد بالعمد (قوله أن العجز الخ) عبارة المنح لأن العجز فى مثل هذا لايحل الحرام اه . واحترز عن العجز عن تحصيل الماء والأكل فإنه يبيح له تناول الخمر والميتة ، وهذا لايفهم من عبارة الشارح بسبب قوله عن التذكية أفاده ط .

[تنبيه] رمى صيدا فوقع عند مجوسى أو نائم لو كان مستيقظا يقدر على ذكاته فمات لايحل ؛ لأن المجوسى قادر على ذبحه بتقديم الإسلام والنائم كالمستيقظ فى جملة مسائل عند الإمام منها هذه خانية ملخصا (قوله وأرسل الخ) هذا وما بعده معطوف على قوله تركها والأصل أن الفعل يرفع بالأقوى والمساوى دون الأدنى ؛ فإذا أرسل المسلم كلبه فزجره المجوسى حل لعدم اعتبار الزجر عند الإرسال لكون الزجر دونه لبنائه عليه وبالعكس حرم ، وكل من لا تجوز ذكاته كالمرتد والمحرم وتارك التسمية عامدا فى هذا بمنزلة المجوسى ، وإن انفلت ولم يرسله أحد فزجره مسلم فانزجر حل لأنه مثل الانفلات ، والمراد بالزجر الإغراء بالصياح عليه وبالانزجار إظهار زيادة الطلب وتمامه فى الهداية . قال القهستانى : وهذا إذا زجره المجوسى فى ذهابه ، فلو وقف ثم زجره لم يؤكل كما فى الذخيرة (قوله وهو سهم الخ) فى القاموس : معراض كمحراب سهم بلا ريش دقيق الطرفين غليظ الوسط يصيب بعرضه دون حده (قوله ولو لرأسه حدة) محترز قول المصنف بعرضه (قوله فأصاب بحده) أى وجرح (قوله أو بندقة) بضم الباء والدال : طينة مدورة يرمى بها (قوله ولو كانت خفيفة) يشير إلى أن الثقيلة لاتحل وإن جرحت . قال قاضيخان : لايحل صيد البندقة والحجر والمعراض والعصا وما أشبه ذلك وإن جرح ؛ لأنه لايخرق إلا أن يكون شىء من ذلك قد حدده وطوله كالسهم وأمكن أن يرمى به ؛ فإن كان كذلك وخرقه بحده حل أكله ، فأما الجرح الذى يدق فى الباطن ولا يخزق فى الظاهر لايحل لأنه لايحصل به إنهار الدم ؛ ومثقل الحديد وغير الحديد سواء ، إن خزق حل وإلا فلا اه . والخزق بالخاء والزاى المعجمتين : النفاذ . قال فى المغرب : والسين لغة والراء خطأ : وفى المعراج عن المبسوط : بالزاى يستعمل فى الحيوان ؛ وبالراء فى الثوب : وفى التبيين : والأصل أن الموت إذا حصل بالجرح بيقين حل ؛ وإن بالثقل أوشك فيه فلا يحل حتما أو احتياطا اه : ولا يخفى أن الجرح بالرصاص إنما هو بالإحراق

يجرحه لا يؤكل مطلقا . وشرط فى الجرح الإدماء ، وقيل لا ملتقى ، وتمامه فيما علقته عليه (أو رمى صيدا فوقع فى ماء) لاحتمال قتله بالماء فتحرم ، ولو الطير مائيا فوقع فيه ، فإن انغمس جرحه فيه حرم وإلا حل ملتقى (أو وقع على سطح أو جبل فتردى منه إلى الأرض حرم) فى المسائل كلها ، لأن الاحتراز عن مثل هذا ممكن (فإن وقع على الأرض ابتداء) إذ الاحتراز عنه غير ممكن فيحل (أو أرسل مسلم كلبه فزجره) أى أغراه بصياحه (مجوسى فانزجر) إذ الزجر دون الإرسال والفعل يرفع بما هو فوقه أو مثله كنسخ الحديث (أولم يرسله أحد فزجره مسلم فانزجر) إذ الزجر إرسال حكما (أو أخذ غير ما أرسل إليه)

والثقل بواسطة اندفاعه العنيف إذ ليس له حد فلا يحل وبه أفتى ابن نجيم (قوله مطلقا) أى ثقيلة أو خفيفة (قوله وشرط فى الجرح الإدماء) قال الزيلعى : وإن كان غير مدم اختلفوا فيه . قيل لا يحل لانعدام معنى الذكاة ؛ وهو إخراج الدم النجس ؛ وشرطه النبى صلى الله عليه وسلم بقوله « أنهر الدم بما شئت » رواه أحمد وأبوداود وغيرهما ، وقيل يحل لإتيان ما فى وسعه وهو الجرح لأن الدم قد ينحبس لغلظه أو لضيق المنفذ . وقيل لو الجراحة كبيرة حل بدونه ولو صغيرة فلا . وإذا أصاب السهم ظلف الصيد أو قرنه ؛ فإن أدماه حل وإلا فلا وهذا يؤيد الأول اه ملخصا ومثله فى الهداية . قال فى الدر المنتقى قلت : وفيه كلام ؛ لما فى البرجندى عن الخلاصة أن هذا فى غير موضع اللحم وظاهر ما مر عن القهستانى عن المحيط أن المعتمد أن الإدماء ليس بشرط فليتأمل اه ملخصا ؛

قلت : ظاهر الهداية والزيلعى والملتقط اعتماد اشتراطه مع أن الحديث يؤيده ، وقد يرجح عدم الاشتراط بما فى متن المواهب ، وقدمه المصنف فى الذبائح من أنه تحل ذبيحة علمت حياتها وإن لم تتحرك ولم يخرج منها دم وإن لم تعلم فلا بد من أحدهما تأمل (قوله وتمامه الخ) هو ما قدمناه (قوله أو رمى صيداً الخ) هذا فيما إذا كان فيه حياة مستقرة يحرم بالاتفاق لأن موته مضاف إلى غير الرمى ، وإن كانت حياته دون ذلك فهو على الاختلاف الذى مر ذكره فى إرسال الكلب اه زيلعى ونحوه فى ط عن الهندية (قوله فوقع فيه) الظاهر أنه قيد اتفاقى ، فمثله إذا رماه فيه حرم لاحتمال موته بالماء ط عن الهندية (قوله وإلا حل) لأنه لم يحتمل موته بسبب الماء (قوله ملتقى) ومثله فى الهداية .

وذكر فى الخانية إن وقع فى ماء فمات لا يؤكل لعل أن وقوعه فى الماء قتله ، ويستوى فى ذلك طير الماء لأن طير الماء إنما يعيش فى الماء غير مجروح اه ونقله فى الذخيرة عن السرخسى . ثم قال فليتأمل عند الفتوى وتمامه فى الشرنبلالية (قوله فتردى منه) قيد به لأنه لو استقر عليه ولم يترد يحل بلا خلاف : وهذا أيضا إذا تردى ولم يقع الجرح مهلكا فى الحال ، إذ لو بقى فيه من الحياة بقدر ما فى المذبوح ثم تردى يحل أيضا معراج (قوله فإن وقع على الأرض ابتداء) أى ولم يكن على الأرض ما يقتله كحد الرمح والقصبة المنصوبة عناية ، وتمامه فى الشرنبلالية (قوله إذ الاحتراز) علة مقدمة على المعلول ، وهو قوله الآتى أكل وهو كثير فى كلامهم : قال تعالى ــ مما خطاياهم أغرقوا ــ وكذا يقال فيما بعده فافهم (قوله فزجره مجوسى) أى فى ذهابه ، فلو وقف ثم زجره فانزجر لم يؤكل كما قدمناه (قوله كنسخ الحديث) فلا ينسخ الصحيح إلا بصحيح أو أصح لا بضعيف ط (قوله أو أخذ غير ما أرسل إليه) سواء أخذ ما أرسل إليه أيضا أولا بشرط فور الإرسال كما مر ؛

قال فى البدائع : فلو أرسل الكلب أو البازى على صيد وسمى فأخذ صيدا ثم آخر على فوره ذلك ثم وثم أكل الكل لأن التعيين ليس بشرط فى الصيد لأنه لا يمكن فصار كوقوع السهم بصيدين اه ملخصا ، ولو أرسله على صيد فأخطأ ثم عرض له آخر فقتله حل ، ولو عرض له بعد ما رجع لا يحل لبطلان الإرسال بالرجوع كما

لأن غرضه أخذ كل صيد يتمكن منه ، حتى لو أرسله على صيود كثيرة بتسمية واحدة فقتل الكل أكل الكل (أكل) فى الوجوه المذكورة لما ذكرنا (كصيد رمى فقطع عضو منه) فإنه يؤكل (لا العضو) خلافا للشافعى .

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « ما أبين من الحى فهو ميتة » ولو قطعه ولم يبنه ، فإن اشتمل التئامه أكل العضو أيضا وإلا لا ملتقى (وإن قطعه) الرامى (أثلاثا وأكثره مع عجزه أو قطع نصف رأسه أو أكثره أو قده نصفين أكل كله) لأن فى هذه الصور لايمكن حياة فوق حياة المذبوح فلم يتناوله الحديث المذكور ، بخلاف ما لو كان أكثره مع رأسه للإمكان المذكور .

(وحرم صيد مجوسى ووثنى ومرتد) ومحرم لأنهم ليسوا من أهل الذكاة ، بخلاف كتابى لأن ذكاة الاضطرار كذكاة الاختيار (وإن رمى صيدا فلم يثخنه فرماه آخر فقتله فهو للثانى وحل ، وإن أثخنه) الأول بأن أخرجه

فى الخانية وغيرها : وقال القهستانى : وفيه إشعار بأنه لو أصاب غير ما رماه حل كما فى قاضيخان ، وكذا لو رمى صيدا فأصابه ونفذ ثم أصاب آخر ثم وثم حل الكل كما فى النظم اهـ فالإرسال بمنزلة الرمى كما فى الهداية والزيلعى ، ونحوه فى الملتقى (قوله لأن غرضه الخ) أى غرض المرسل حصول أىّ صيد تمكن منه الكلب أو الفهد ، وهذا معنى قول الهداية :

ولنا أنه : أى التعيين شرط غير مفيد لأن مقصوده حصول الصيد ، إذ لا يقدر أى الكلب على الوفاء به : أى بأخذ العين إذ لا يمكنه تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره (قوله بتسمية واحدة) أى حالة الإرسال (قوله لما ذكرنا) أى من العلل الأربعة فى الوجوه الأربعة (قوله لا العضو) أى إن أمكن حياته بعد الإبانة وإلا أكلا عناية ، وهذا يتصور فى سائر الأعضاء غير الرأس نهاية (قوله خلافا للشافعى) حيث قال : أكلا إن مات الصيد منه هداية (قوله ما أبين من الحى) هذا وإن تناول السمك إلا أن ميتته حلال بالحديث هداية (قوله وإلا) بأن بقى متعلقا بجلده هداية (قوله أو قطع نصف رأسه) أى طولا أو عرضا بدائع (قوله أوقده نصفين) القد : القطع المستأصل أو المستطيل قاموس ، والضمير للصيد كما فى البدائع . وذكر فى الشرنبلالية أنه لم يبين كيفية القد فى كثير من الكتب ، ثم نقل عن الخانية والمبسوط إن قطعه نصفين طولا أكل ؛

أقول : الظاهر أن الطول غير قيد هنا ، يدل عليه تعليل البدائع بقوله يؤكل لأنه وجد قطع الأوداج لكونها متصلة من القلب بالدماغ فأشبه الذبح ، وكذا لو قطع أقل من النصف مما يلى الرأس اهـ تأمل (قوله فلم يتناوله الحديث المذكور) لأنه ذكر فيه الحى مطلقا فينصرف إلى الحى حقيقة وحكما وهذا حى صورة لا حكما إذ لايتوهم بقاء الحياة بعد هذا الجرح ، ولهذا لو وقع فى الماء وبه هذا القدر من الحياة أو تردى من جبل أو سطح لا يحرم ، وتمامه فى الهداية .

أقول : وبهذا سقط اعتراض ابن المصنف على قوله فى البزازية : إن كان الصيد يعيش بدون المبان فالمبان لايؤكل وإن كان لايعيش بدونه كالرأس يؤكلان اهـ حيث قال إن الحديث عام فمن أين للبزازى ما قاله ؟ اهـ .

قلت : هو مأخوذ من الهداية وصرح به شراحها وغيرهم (قوله بخلاف مالو كان أكثره مع رأسه) بأن قطع يداً أو رجلا أو فخذاً أو ألية أو ثلثه مما يلى القوائم أو أقل من نصف الرأس ، فيحرم المبان ويحل المبان منه هداية (قوله ومرتد) ولو غلاما مراهقا عندهما خلافا لمحمد ، بناء على صحة ردته عندهما بدائع (قوله لأن ذكاة الاضطرار الخ) أى وهو من أهل ذكاة الاختيار ، فكذا ذكاة الاضطرار (قوله فلم يثخنه) قال فى المغرب : أثخنته الجراحات أوهنته وأضعفته . وفى التنزيل - حتى يثخن فى الأرض - أى يكثر فيها القتل (قوله فهو للثانى) لأنه هو الآخذ له (قوله وحل) لأنه لما لم يخرج بالأول عن حيز الامتناع كان ذكاته ذكاة الاضطرار وهو الجرح : أى موضع

عن حيز الامتناع وفيه من الحياة ما يعيش (ف) الصيد (للأول وحرم) لقدرته على ذكاة الاختيار ، فصار قاتلا له فيحرم (وضمن الثانى للأول قيمته) كلها وقت إتلافه (غير ما نقصته جراحته . وحل اصطياد مايؤكل لحمه وما لايؤكل) لحمه لمنفعة جلده أو شعره أو ريشه أو لدفع شره ، وكله مشروع لإطلاق النص :

وفى القنية يجوز ذبح الهرة والكلب لنفع ما (والأولى ذبح الكلب إذا أخذته حرارة الموت ، وبه يطهر لحم غير نجس العين) كخنزير فلايطهر أصلا (وجلده) وقيل يطهرجلده لا لحمه وهذا أصح مايفتى به كما فى الشرنبلالية عن المواهب هنا ومر فى الطهارة (أخذ الطير ليلا مباح والأولى عدم فعله) خانية .

(يكره تعليم البازى بالطير الحى) لتعذيبه (سمع) الصائد (حس إنسان ، أو غيره من الأهليات)

كان وقدوجد زيلعى (قوله وفيه من الحياة مايعيش) أى ينجو منه . أما إذاكان بحال لايسلم منه ، بأن لايبقى فيه من الحياة إلا بقدر مايبقى فى المذبوح ، كما إذا أبان رأسه يحل لأن وجوده كعدمه ، وإن كان بحال لايعيش منه إلا أن فيه أكثر مما فى المذبوح بأن كان يعيش يوما أو دونه ، فعند أبى يوسف لايحرم بالرمية الثانية إذ لاعبرة بهذه الحياة عنده ، وعند محمد يحرم لأنها معتبرة عنده زيلعى ملخصا (قوله لقدرته على ذكاة الاختيار) أى بسبب خروجه عن حيز الامتناع فصار كالرمى إلى الشاة ، أفاده فى البدائع (قوله وضمن الثانى للأول قيمته الخ) لأنه أتلف صيدا مملوكا للغير ، لأنه ملكه بالإثخان فيلزمه قيمة ماأتلف وقيمته وقت إتلافه كان ناقصا بجراحة الأول فيلزمه ذلك :

بيانه أن الرامى الأول إذا رمى صيدا يساوى عشرة فنقصه درهمين ثم رماه الثانى فنقصه درهمين ثم مات يضمن الثانى ثمانية ويسقط عنه من قيمته درهمان ، لأن ذلك تلف بجراحة الأول زيلعى . وفرض المصنف المسألة فيما إذا علم أن القتل حصل بالثانى ، فإن علم أنه حصل من الجراحتين أو لايدرى فظاهر الهداية أن الحكم فى الضمان يختلف وحقق الزيلعى عدم الفرق فراجعه :

[تتمة] بقى لو رمياه معا فأصابه أحدهما قبل الآخر فأثخنه ثم أصابه الآخر أو رماه أحدهما أولا ثم رماه الثانى قبل أن يصيبه الأول أو بعدما أصابه قبل أن يثخنه فأصابه الأول وأثخنه أو أثخنه ثم أصابه الثانى فقتله فهو للأول ويؤكل خلافا لزفر . ولو رمياه معا وأصابا معا فمات منهما فهو بينهما ، والكلب فى هذا كالسهم حتى يملكه بإثخانه ، ولا يعتبر إمساكه بدون الإثخان ، حتى لو أرسل بازيه فأمسك الصيد بمخلبه ولم يثخنه فأرسل آخر بازيه فقتله فهو للثانى ويحل لأن يد البازى الأول ليست بيد حافظة لتقام مقام يد المالك ، ولو رمى سهما فأثخنه ثم رماه ثانيا فقتله حرم ، وتمامه فى الزيلعى ولو أرسل كلبين على صيد فضربه أحدهما فوقذه ثم ضربه الآخر فقتله يؤكل بدائع (قوله لنفع ما) أى ولو قليلا ، والهرة لو مؤذية لاتضرب ولا تفرك أذنها بل تذبح (قوله والأولى الخ) لما فيه من تخفيف الألم عنه . قال ط : والتقييد بالكلب ليس له مفهوم (قوله وبه يطهر) أى بالاصطياد وكذا بالذبح ، وهل يشترط فى الطهارة كون ذلك من أهله مع التسمية ، فيه خلاف قدمناه آخر الذبائح استظهر فى الجوهرة الاشتراط وفى البحر عدمه (قوله كخنزير) تمثيل لنجس العين (قوله فلا يطهر أصلا) أى لاجلده ولا لحمه ولا شيء منه (قوله وهذا أصح)وكذا صححه العلامة قاسم معزوا للكافى والغاية والنهاية وغيرها ، وقال : إن الأول مختار صاحب الهداية (قوله سمع حس إنسان) أى صوته ، وظاهره أنه حين الرمى يعلم أنه حس إنسان ، والحكم فيه كما ذكره هنا كما فى البدائع :

وفرض المسألة فى الهداية فيما إذا سمع حسا ظنه حس صيد فرماه ثم تبين أنه حس إنسان أو صيد فلا مخالفة

كفرس وشاة (فرمى إليه فأصاب صيدا لم يحل بخلاف ماإذا سمع حس أسد) أو خنزير (فرمى إليه) وأرسل كلبه (فإذا هو صيد حلال الأكل حل) ولو لم يعلم أن الحس حس صيد أو غيره لم يحل جوهرة ، لأنه إذا اجتمع المبيح والمحرم غلب المحرم .

(رمى ظبيا فأصاب قرنه أو ظلفه فمات ، إن أدماه أكل) لوجود الجرح (وإلا لا ، والعبرة بحالة الرمى فحل الصيد بردته) إذا رمى مسلما

بينهما كما قد يتوهم (قوله كفرس وشاة) وطير مستأنس وخنزير أهلى ، فالمراد كل مالا يحل بالاصطياد (قوله فأصاب صيدا لم يحل) لأن الفعل ليس باصطياد ، ولو أصاب المسموع حسه وقد ظنه آدميا فإذا هو صيد يحل لأنه لامعتبر بظنه مع تعيينه هداية .

وذكر فى المنتقى بالنون أنه لايحل أيضا لأنه رماه وهو لايريد الصيد : ثم قال : ولا يحل الصيد إلا بوجهين : أن يرميه وهو يريد الصيد ، وأن يكون الذى أراده وسمع حسه ورمى إليه صيداً ، سواء كان مما يؤكل أولا . قال الزيلعى : وهذا يناقض مافى الهداية ، وهذا أوجه ثم ذكر أن لأبى يوسف فيه قولين : فى قول يحل ، وفى قول لايحل . وقال : فيحمل مافى الهداية على رواية أبى يوسف اهـ .

أقول : مافى الهداية أقره شراحها ومشى عليه فى الملتقى وكذا فى البدائع ، وقال : نظيره ما إذا قال لامرأته وأشار إليها : هذه الكلبة طالق أنها تطلق ويبطل الاسم اهـ .

وفى التاترخانية وغيرها : وإن أرسل إلى مايظن أنه شجرة أو إنسان فإذا هو صيد يؤكل هوالمختار اهـ فالمختار مافى الهداية (قوله بخلاف ما إذا سمع حس أسد أو خنزير) أى متوحش والمراد كل ما يحل اصطياده .

واستثنى فى النهاية مالو كان المسموع حسه جرادا أو سمكا فأصاب غيرهما لايؤكل ، لأن الذكاة لاتقع عليهما فلا يكون الفعل ذكاة . واعترضه الزيلعى بما فى الخانية : لو رمى إلى جراد أو سمكة وترك التسمية فأصاب طائرا أو صيدا آخر فقتله يحل أكله . وعن أبى يوسف روايتان ، والصحيح أنه يؤكل اهـ .

أقول : لكن قول الخانية وترك التسمية ومثله فى البزازية مشكل ، وقد ذكر المسألة فى التاترخانية وقال : والمختار أنه يؤكل ، ولم يذكر قوله وترك التسمية ، ورأيت بعض العلماء قيده بقوله أى ناسيا وهو قيد لازم فتأمل (قوله فرمى إليه) أى وأصاب صيدا آخر غير ماسمعه (قوله أوأرسل كلبه) أشار إلى أن الإرسال كالرمى ، وقول الزيلعى : والبازى والفهد فى جميع ماذكرنا كالكلب صوابه كالرمى (قوله حل) أى الصيد المصاب لوقوع الفعل اصطيادا فصار كأنه رمى إلى صيد فأصاب غيره هداية ملخصا (قوله لم يحل) أى المصاب ، كما لو رمى إلى بعير لايدرى أهوناد أولا فأصاب صيدا لايحل المصاب لأن الأصل الاستئناس ، بخلاف ما لو رمى إلى طائر لايدرى أهو وحشى أولا فأصاب صيدا غيره حل لأن الظاهر فيه التوحش ، فيحكم على كل بظاهر حاله كما فى الهداية (قوله لوجود الجرح) فإنه يستدل بوجود الدم على وجود الجرح وإن كان لايشترط الإدماء فى غيرها على ماتقدم ط (قوله والعبرة بحالة الرمى) إلا فى مسألة ذكرها محمد . وهى : حلال رمى صيدا وهما فى الحل فدخل الصيد الحرم فأصابه السهم ومات فيه أو فى الحل لايؤكل ، وفيما عداها فالعبرة بحالة الرمى تاترخانية أى فى حق الأكل . أما فى حق الملك فالعبرة لوقت الإصابة كما فى الذخيرة ، فلو رمى إلى صيد ورمى بعده آخر فأصابه الثانى وأثخنه قبل الأول فهو للثانى (قوله فحل الصيد بردته) الظاهر أن الباء للمصاحبة نحو — اهبط بسلام — أى مع ردته بعد الرمى وقبل الإصابة أو بعدها ، وهذا تفريع على الأصل المذكور فيحل لأنه حين الرمى كان مسلما ، وكذا

(لا بإسلامه ووجب الجزاء بحله) إذا رمى محرما (لا بإحرامه) وسيجيء قبيل كتاب الديات ؛

[فرع] لو أن بازيا معلما أخذ صيدا فقتله ولا يدرى أرسله إنسان أولا لا يؤكل لوقوع الشك فى الإرسال ولا إباحة بدونه ، وإن كان مرسلا فهو مال الغير فلا يجوز تناوله إلا بإذن صاحبه زيلعى ؛

قلت : وقد وقع فى عصرنا حادثة الفتوى ، وهى أن رجلا وجدشاته مذبوحة ببستانه هل يحل له أكلها أم لا؟ ومقتضى ماذكرناه أنه لايحل لوقوع الشك فى أن الذابح ممن تحل ذكاته أم لا ، وهل سمى الله تعالى عليها أم لا.

لكن فى الخلاصة من اللقطة : قوم أصابوا بعيرا مذبوحا فى طريق البادية ، إن لم يكن قريبا من الماء ووقع فى القلب أن صاحبه فعل ذلك إباحة للناس لا بأس بالأخذ والأكل لأن الثابت بالدلالة كالثابت بالصريح اه ، فقد أباح أكلها بالشرط المذكور ، فعلم أن العلم بكون الذابح أهلا للذكاة ليس بشرط قاله المصنف ؛

قلت : قد يفرق بين حادثة الفتوى واللقطة بأن الذابح فى الأول غير المالك قطعا وفى الثانى يحتمل ؛

ورأيت بخط ثقة : سرق شاة فذبحها بتسمية فوجد صاحبها هل تؤكل ؟ الأصح لا لكفره بتسميته على الحرام القطعى بلا تملك ولا إذن شرعى اه فليحرر ؛

وفى الوهبانية :

وما مات لا تطعمه كلبا فإنه ‏ ‏ ‏ خبيث حرام نفعه متعذر

يحل لو رمى صيدا فانكسر الصيد بسبب آخر ثم أصابه السهم لأنه حين الرمى كان صيدا خانية (قوله لا بإسلامه) أى لو رماه مرتدا (قوله ووجب الجزاء بحله) أى بتحلله من إحرامه (قوله لا بإحرامه) أى إذا رماه حلالا . وفى التاتر خانية : حلال رمى صيدا فأصابه فى الحل ومات فى الحرم أو رماه من الحرم وأصابه فى الحل ومات فيه لايحل ، وعليه الجزاء فى الثانى دون الأول (قوله قلت الخ) هو من كلام المصنف فى المنح (قوله لوقوع الشك الخ) فيه أن الظاهر من حال البازى الذى طبعه الاصطياد أنه غير مرسل وغير مملوك لأحد ، بخلاف الذابح فى بلاد الإسلام فإن الظاهر أنه تحل ذبيحته وأنه سمى ، واحتمال عدم ذلك موجود فى اللحم الذى يباع فى السوق ، وهو احتمال غير معتبر فى التحريم قطعا (قوله لكن فى الخلاصة) استدراك على قوله لايحل الخ (قوله إن لم يكن قريبا من الماء) قيد به لأنه إذا كان كذلك احتمل أنه وقع فى الماء فأخرجه صاحبه فذبحه على ظن حياته فلم يتحرك ولم يخرج منه دم فتركه صاحبه لعلمه بموته بالماء فلا يتأتى احتمال أنه تركه إباحة للناس ، هذا ماظهر لى تأمل (قوله ووقع فى القلب) الظاهر أن المراد الظن الغالب لامجرد الخطور فإنه لايترتب عليه حكم ط (قوله إباحة للناس) قد شاهدنا فى طريق الحج من يفعله لذلك ط (قوله لأن الثابت بالدلالة) أى دلالة حال صاحبه التى وقعت فى القلب ، فهو كصريح قوله أبحته لمن يأخذه وخصوصا الذبائح التى توجد فى منى أيام الموسم (قوله وفى الثانى يحتمل) فيه أن احتمال الثانى كون الذبائح هو المالك لاينفى احتمال أنه مجوسى أوتارك التسمية عمدا ، فالأولى أن يقال : إن كان الموضع مما يسكنه أو يسلك فيه مجوسى لايؤكل وإلا أكل ، ولا يعترض بشأن ترك التسمية عمدا فإن الظاهر من حال المسلم والكتابى التسمية لأنه يعتقدها دينا ، وخلاف هذا موهوم لايعارض الراجح اه ح .

أقول : ويؤيد اعتبار الموضع ما قالوا فى اللقيط إذا ادعاه ذمى يثبت نسبه منه ، ولكن هو مسلم إن لم يوجد فى مكان أهل الذمة كقريتهم أو بيعة أو كنيسة (قوله ورأيت الخ) تأييد للتفرقة وفيه نظر ، لأن المعتمد خلافه بدليل قولهم بصحة التضحية بشاة الغصب واختلافهم في صحتها بشاة الوديعة ، ولهذا قال السائحانى أقول : هذا ينافى ماتقدم فى الغصب وفى الأضحية فلا يعول عليه (قوله لا تطعمه كلبا) الإطعام حمله إليه . وأما حمل الكلب

وتمليك عصفور لواجده أجز ... وإعتاقه بعض الأئمة ينكر
وإن يلقه مع غيره جاز أخذه ... كقشر لرمان رماه المقشر

وفى معاياتها :

وأى حلال لايحل اصطياده ... صيوداً وما صيدت ولا هى تنفر

كتاب الرهن

مناسبته أن كلا من الرهن والصيد سبب لتحصيل المال .

(هو) لغة : حبس الشيء . وشرعا (حبس شيء مالىّ) أى جعله محبوسا لأن الحابس هو المرتهن

إليه فكحمل الهرة لميتة جائز شرنبلالى (قوله وتمليك عصفور) بالنصب مفعول أجز مقدم : أى تمليكه بقوله جعلته لمن أخذه ، فإن لم يقل ذلك له أخذه ممن أخذه هو المختار ، فإن اختلفا فى الإباحة فالقول لصاحبه مع يمينه أنه لم يقل ، وهل يشترط أن تكون الإباحة لقوم معلومين خلاف (قوله وإعتاقه) بالنصب مفعول ينكر ، ومفهوم قوله بعض الأئمة ينكر أنه يجوزه أكثرهم ولم ينقل ذلك ، بل الظاهر أن المذهب الحرمة اهـ ش .

أقول : الظاهر أن ذلك إذا لم يقل من أخذه فهو له وإلا فهو عين المسألة المتقدمة (قوله جاز أخذه) أى إن لم يبحه عند الإرسال كما مر (قوله كقشر لرمان) تشبيه من حيث حل الأخذ ، وأما ملكه ومنع الأول منه ففيه خلاف ، والمختار أنه يملكه . وفى الصيد أنه لايملكه إذا لم يبحه ، وكذا فى الدابة إذا سيبها كما بسطه الشرنبلالى فى شرحه (قوله وأى حلال) يعنى أن رجلا ليس محرما ولافى أرض الحرم ورأى صيدا لم يصده غيره ولانفر : أى هرب ممن هو مالكه ولا يحل اصطياده .

والجواب : رجل دخل دار رجل فلما رآه غلق بابه بحيث يقدر على أخذه من غير اصطياد ملكه ، حتى لو خرج لا يحل للرجل الحلال اصطياده أو المراد لا يحل لصاحب الدار الحلال اصطياده بآلة جارحة لقدرته على الذكاة الاختيارية ، والله تعالى أعلم .

كتاب الرهن

هو مشروع ، لقوله تعالى — فرهان مقبوضة — وبما روى « أنه عليه الصلاة والسلام اشترى من يهودى طعاما ورهنه به درعه » وانعقد عليه الإجماع . ومن محاسنه النظر لجانب الدائن بأمن حقه عن التوى ، ولجانب المديون بتقليل خصام الدائن له وبقدرته على الوفاء منه إذا عجز . وركنه الإيجاب فقط أو هو والقبول كما يجيء . وشروطه تأتى . وحكمه ثبوت يد الاستيفاء . وسببه تعلق البقاء المقدر ، وإنما خص بالسفر فى الآية ، لأن الغالب أنه لايتمكن فيه من الكتابة والاستشهاد فيستوثق بالرهن (قوله هو لغة حبس الشيء) أى بأى سبب كان ، قال تعالى — كل نفس بما كسبت رهينة — أى محبوسة ، ويطلق على المرهون تسمية للمفعول بالمصدر ، يقال رهنت الرجل شيئا ورهنته عنده وأرهنته لغة فيه والجمع رهان ورهون ورهن . والرهين والرهينة الرهن أيضا ، والتركيب دال على الثبات والدوام . والراهن : المالك ، والمرتهن : آخذ الرهن (قوله أى جعله محبوسا) قال فى إيضاح الإصلاح : هو جعل الشيء محبوسا بحق ، لم يقل حبس الشيء بحق لأن الحابس هو المرتهن لا الراهن ، بخلاف الجاعل إياه محبوسا اهـ ح وهذا تعريف للرهن التام أو اللازم ، وإلا ففى انعقاد الرهن لايلزم الحبس بل ذلك بالقبض اهـ سعدى . قال القهستانى : والمتبادر أن يكون الحبس على وجه التبرع ، فلو أكره المالك بالدفع إليه

(بحق يمكن استيفاؤه) أى أخذه (منه) كلا أو بعضا كأن كان قيمة المرهون أقل من الدين (كالدين) كاف الاستقصاء لأن العين لا يمكن استيفاؤها من الرهن إلا إذا صار دينا حكما كما سيجيء (حقيقة) وهو دين واجب ظاهرا وباطنا أو ظاهرا فقط كثمن عبد أو خل وجد حرا أو خمرا (أو حكما) كالأعيان (المضمونة بالمثل أو القيمة) (كما سيجيء) كوله .

(وينعقد بإيجاب وقبول) حال (غير لازم)

لم يكن رهنا كما في الكبرى فلا عليه ذكر الإذن كما ظن اه : وسيأتى آخر الباب الآتى أنه لو أخذ عمامة المديون تكون رهنا إن رضى بتركها (قوله بحق) أى بسبب حق مالى ولو مجهولا . واحترز به عن نحو القصاص والحد واليمين قهستانى ، ودخل فيه بدل الكتابة فإن الرهن به جائز وإن لم تجز به الكفالة كما فى المعراج عن الخانية (قوله يمكن استيفاؤه) أى استيفاء هذا الحق منه : أى من الرهن بمعنى المرهون : واحترز به عما يفسد كالثلج ، وعن نحو الأمانة والمدبر وأم الولد والمكاتب . قال فى الشرنبلالية : وأما الخمر فهو مال أيضا . ويمكن الاستيفاء منه بتوكيل ذمى يبيعه أو بنفسه إن كان المرتهن والراهن من أهل الذمة اه لكنه ليس بمال متقوم فى حق المسلم ، فلا يجوز له رهنه ولا ارتهانه من مسلم أو ذمى وإن ضمنه للذمى كما يأتى فى الباب الآتى (قوله كلا أو بعضا) تمييزان من هاء استيفاؤه الراجعة إلى الحق الذى هو الدين اه ح فهما محولان عن المضاف إليه المفعول فى المعنى إذ الأصل استيفاء كله أو بعضه ، وفيما ذكره الشارح جواب عن القهستانى لايتناول ما كان أقل من الدين فافهم (قوله كالدين) تمثيل للحق (قوله كاف الاستقصاء) خبر مبتدإ محذوف ، يعنى أنها ليست للتمثيل ببعض الأفراد إذ ليس المراد هنا سوى الدين ، والداعى إلى هذا جعل المصنف الدين شاملا للعين ، أما لو أطلقه أمكن جعل الكاف للتمثيل ، بأن يراد بالدين الدين حقيقة (قوله كما سيجيء) أى قريبا فى قوله أو حكما (قوله وجد حرا أو خمرا) لف ونشر مرتب ؛ وكثمن ذبيحة وبدل صلح عن إنكار وإن وجدت ميتة أو تصادقا على أن لادين ، لأن الدين وجب ظاهرا ، وهو كاف لأنه آكد من دين موعود كما سيأتى درر أى فالرهن مضمون . وذكر القدورى أنه لاشيء بهلاكه : كما لو رهن بالحر والخمر ابتداء .

ونص محمد فى المبسوط والجامع أن المقبوض بحكم رهن فاسد مضمون بالأكل من قيمته ومن الدين . والمختار قول محمد كما فى الاختيار أبو السعود ملخصا (قوله كالأعيان المضمونة بالمثل أو القيمة) ويقال لها المضمونة بنفسها لقيام المثل أو القيمة مقامها كالمغصوب ونحوه مما سيجيء . واحترز به عن المضمونة بغيرها كمبيع فى يد البائع فإنه مضمون بغيره وهو الثمن ؛ وعن غير المضمونة أصلا كالأمانات ، فالرهن بهذين باطل وسماها دينا حكما لأن الموجب الأصلى فيها هو القيمة أو المثل ، ورد العين مخلص إن أمكن ردها على ماعليه الجمهور وذلك دين . وأما على ما عليه البعض فإنه وإن كانت القيمة لا تجب إلا بعد الهلاك ولكنه تجب عند الهلاك بالقبض السابق ، وتمامه فى الهداية والزيلعى (قوله كما سيجيء) أى فى الباب الآتى (قوله وينعقد بإيجاب) كرهنتك بمالك على من الدين أو خذ هذا الشيء رهنا به قهستانى ، ولفظ الرهن غير شرط كما سيذكره فى الباب الآتى (قوله وقبول) كارتهنته سواء صدر من مسلم أو كافر أو عبد أو صبى أو أصيل أو وكيل ، فالقبول ركن كالإيجاب وإليه مال أكثر المشايخ فإنه كالبيع ولذا لايحنث من حلف أنه لايرهن بدون القبول : وذهب بعضهم إلى أنه شرط صيرورة الإيجاب علة لأنه عقد تبرع ولذا لايلزم إلا بالتسليم قهستانى ، واقتصر فى الهداية على الثانى ، ونقل القهستانى عن الكرمانى أنه يجوز بطريق التعاطي (قوله غير لازم) لأنه عقد تبرع لأن الراهن لايستوجب بمقابلته على المرتهن

وحينئذ فللرهن تسليمه والرجوع عنه كما فى الهبة (فإذا سلمه وقبضه المرتهن) حال كونه (محوزا) لا متفرقا كثمر على شجر (مفرغا) لامشغولا بحق الراهن كشجر بدون الثمر (مميزا) لا مشاعا ولو حكما بأن اتصل المرهون بغير المرهون خلقة كالشجر وسيتضح (لزم) أفاد أن القبض شرط اللزوم كما فى الهبة ، وصحح فى المجتبى أنه شرط الجواز (والتخلية) بين الرهن والمرتهن (قبض) حكما على الظاهر (كالبيع) فإنها فيه أيضا قبض (وهو مضمون إذا هلك

شيئا (قوله وحينئذ) أى حين إذ انعقد غير لازم ، ويغنى عنه فاء التفريع كما أفاده ط (قوله وقبضه) أى بإذن الراهن صريحا أو ماجرى مجراه فى المجلس وبعده بنفسه أو بنائبه كأب ووصى وعدل هندية ملخصا ، ولو قبضه المرتهن والراهن ساكت ينبغى أن يصير رهنا فتنبه (قوله حال كونه) أى الرهن ، وهذه الأحوال مترادفة أو متداخلة عينى وأفاد بها أن الرهن بهذه الصفات ليس بلازم عند العقد بل عند القبض ، فلو اتصل أو اشتغل بغيره كان فاسدا لا باطلا ، وكذا لو كان شائعا . وعند بعضهم يكون باطلا وهو إختيار الكرخى ، فلو ارتفع الفساد عند القبض صار صحيحا لازما كما فى الكرمانى قهستانى (قوله محوزا) من الحوز : وهو الجمع وضم الشئ قاموس ، وانظر مافى الدرر (قوله كثمر على شجر) مثال للمتفرق وكزرع على أرض أى بدون الشجر والأرض لأن الثمر والزرع لم يحازا فى يد المرتهن بمعنى أن يده لم تحوهما وتجمعهما إذ لا يمكن حيازة ثمر بدون شجر ولا زرع بدون أرض ط (قوله لامشغولا) أما الشاغل فرهنه جائز كما فى كثير من الكتب ، وقيد بقوله بحق الراهن احترازا عما لو كان مشغولا بملك غيره فلا يمنع كما فى العمادية حموى :

أقول : وينبغى تقييد الشاغل الذى يجوز رهنه بغير المتصل لما علمته من عدم جواز رهن الثمر أو الزرع وكذا البناء وحده كما سيأتى فافهم (قوله لامشاعا) كنصف عبد أو دار ولو من الشريك ، وسيجىء تمام ذلك وأنه يستثنى منه ماثبت الشيوع فيه ضرورة (قوله ولو حكما الخ) يستغنى عنه بقول المصنف محوزا (قوله خلقة) فى التقييد به نظر سنذكره (قوله وسيتضح) أى فى أوائل الباب الآتى (قوله لزم) جواب إذا (قوله شرط اللزوم) مشى عليه فى الهداية والملتقى وغيرهما . قال فى العناية : وهو اختيار شيخ الإسلام ، وهو مخالف لرواية العامة : قال محمد : لايجوز الرهن إلا مقبوضا ، ومثله فى كافى الحاكم ومختصر الطحاوى والكرخى اه ملخصا .

وفى السعدية أقول : سبق فى كتاب الهبة أنه عليه الصلاة والسلام قال « لا تجوز الهبة إلا مقبوضة » والقبض ليس بشرط الجواز فى الهبة ، فليكن هنا كذلك فليتأمل اه .

وحاصله أنه يمكن أن يفسر هنا أيضا الجواز باللزوم لا بالصحة كما فعلوا فى الهبة ، فإنه لا يمكن الجمع بين كلامهم وبين الحديث إلا بذلك (قوله وصحح فى المجتبى) وكذا فى القهستانى عن الذخيرة (قوله والتخلية) هى رفع الموانع والتمكين من القبض (قوله قبض حكما) لأنها تسليم فمن ضرورته الحكم بالقبض . فقد ذكر الغاية التى يبنى عليها الحكم لأنه هو المقصود : وبه اندفع قول الزيلعى : الصواب أن التخلية تسليم لأنه عبارة عن رفع المانع من القبض ، وهو فعل المسلم دون المتسلم والقبض فعل المتسلم اه أفاده فى المنح ، والمراد أنه يترتب عليه ما يترتب على القبض الحقيقى (قوله على الظاهر) أى ظاهر الرواية وهو الأصح . وعن أبى يوسف أنه لايثبت فى المنقول إلا بالنقل هداية (قوله وهو مضمون الخ) يعنى أن ماليته مضمونة ، وأما عينه فأمانة :

قال فى الاختيار : ويهلك على ملك الراهن حتى يكفنه لأنه ملكه حقيقة ، وهو أمانة فى يد المرتهن ، حتى لو اشتراها لاينوب قبض الرهن عن قبض الشراء لأنه أمانة فلا ينوب عن قبض الضمان ، وإذا كان ملكه فمات كان كفنه عليه اه حموى على الأشباه . واحترز عما إذا استهلكه فإنه يضمن جميعه كما يأتى بيانه ، وأطلقه فشمل ما إذا شرط عدم الضمان لو ضاع ، فالرهن جائز ، والشرط باطل ، ويهلك بالدين كما فى الخلاصة وغيرها ،

بالأقل من قيمته ومن الدين) وعند الشافعى هو أمانة (والمعتبر قيمته يوم القبض) لايوم الهلاك كما توهمه فى الأشباه لمخالفته للمنقول كما حرره المصنف .

(المقبوض على سوم الرهن إذا لم يبين المقدار) أى مقدار مايريد أخذه من الدين (ليس بمضمون فى الأصح)

وشمل ما لو نقص بعيب . ففى جامع الفصولين : لو رهنا قنا فأبق سقط الرهن ، فلو وجده عاد رهنا ويسقط من الدين بحسابه لو كان أول إباقه وإلا فلا يسقط شىء اه وسيجىء آخر الرهن ، وشمل الرهن الفاسد أيضا فإنه يعامل معاملة الصحيح على ما يأتى بيانه فى آخر الرهن .

[تنبيه] ذكر فى الفصل الثلاثين من العمادية : لو رهن عبدين بألف وهلك أحدهما وقيمة الهالك أكثر من الدين لايسقط كل الدين بهلاكه بل يقسم الدين على قيمة الحى وقيمة الهالك ، فما أصاب الهالك يسقط ، وما أصاب الباقى يبقى ، وكذا إذا رهن دارا بألف وخربت يقسم الدين على قيمة البناء وقيمة العرصة يوم القبض ، فما أصاب البناء يسقط ، وما أصاب العرصة يبقى كذا فى المبسوط اه .

وبيانه ما فى التاترخانية : رهن فروا قيمته أربعون درهما بعشرة دراهم فأكله السوس فصار قيمته عشرة فإنه يفتكه بدرهمين ونصف اه أى لأن الهالك ثلاثة أرباع الرهن فيسقط من الدين بقدره كما فى البزازية فليحفظ ذلك فإنه يخفى على كثير ، وسيذكر آخر الباب الآتى : لو ذهبت عين الدابة يسقط ربع الدين ويأتى بيانه ، وسيأتى أن نقصان السعر لايوجب سقوط الدين بخلاف نقصان العين وأن نماء الرهن الذى صار رهنا تبعا يهلك مجانا إلا إذا هلك بعد هلاك الأصل ، ويأتى بيان الجميع إن شاء الله تعالى (قوله بالأقل من قيمته ومن الدين) قال فى النهاية : وفى بعض نسخ القدورى بأقل بدون الألف واللام وهو خطأ ، واعتبر هذا بقول الرجل مررت بأعلم من زيد وعمرو يكون الأعلم غيرهما ، ولو كان بالأعلم من زيد وعمرو يكون واحدا منهما فكلمة من للتمييز اه . وقال فى الموصل شرح المفصل : إن من هذه ليست من التفضيلية التى لاتجامع اللام وإنما هى من التبيينية فى قولك أنت الأفضل من قريش كما تقول أنت من قريش اه شرنبلالية ، فالمراد أنه لو كانت القيمة أقل من الدين أو بالعكس فهو مضمون بالأقل منهما الذى هو أحدهما ، ولو قيل بأقل منكرا اقتضى أنه يضمن بشىء ثالث غيرهما هو أقل منهما وليس بمراد ، إلا أن يقال كما فى القهستانى أى بدين أو بقيمة أقل من قيمته أو من الدين مرتبا ، فكلمة من تفضيلية والمفضل الدين أولا والقيمة ثانيا والمفضل عليه بالعكس اه . فالمعنى بدين أقل من قيمته أو بقيمة أقل من الدين ، ولا يخفى ما فيه (قوله وعند الشافعى هو أمانة) أى كله له أمانة فى يد المرتهن لايسقط شىء من الدين بهلاكه ، وتمام الكلام فى المطولات (قوله والمعتبر قيمته يوم القبض) قال فى الخلاصة وحكم الرهن أنه لو هلك فى يد المرتهن أو العدل ينظر إلى قيمته يوم القبض وإلى الدين ، فإن كانت قيمته مثل الدين سقط الدين بهلاكه الخ .

وقال الزيلعى : يعتبر قيمته يوم القبض بخلاف ما لو أتلفه أجنبى فإن المرتهن يضمنه قيمته يوم هلك باستهلاكه وتكون رهنا عنده ، وتمامه فى المنح . زاد فى شرح الملتقى : والقول فيها للمرتهن والبينة للراهن (قوله لايوم الهلاك كما توهمه فى الأشباه) أى فى بحث ثمن المثل من الفن الثالث .

أقول : يمكن حمل ما فى الأشباه على ما إذا استهلكه المرتهن ، ولذا قال الرملى بعد كلام : وأنت إذا أمعنت النظر ظهر لك الفرق بين الهلاك والاستهلاك ، فقطعت فى صورة الهلاك بأن المعتبر قيمته يوم القبض ، وفى صورة الاستهلاك يوم الهلاك لوروده على العين المودعة اه (قوله إذا لم يبين المقدار) أما لو بين يكون مضمونا .

كذا فى القنية والأشباه (فإن) هلك و (ساوت قيمته الدين صار مستوفيا) دينه (حكما ، أو زادت كان الفضل أمانة) فيضمن بالتعدى (أونقصت سقط بقدره ورجع) المرتهن (بالفضل) لأن الاستيفاء بقدر المالية (وضمن) المرتهن (بدعوى الهلاك بلا برهان مطلقا) سواء كان من أموال ظاهرة أو باطنة ، وخصه مالك بالباطنة (وله طلب دينه من راهنه ، وله حبسه به وإن كان الرهن فى يده لأن) الحبس جزاء مطله (وله حبس رهنه بعد الفسخ للعقد (حتى يقبض دينه أو يبرئه) لأن الرهن لايبطل بمجرد الفسخ بل يبقى رهنا ما بقى القبض والدين معا ،

وصورته : أخذ الرهن بشرط أن يقرضه كذا فهلك فى يده قبل أن يقرضه هلك بأقل من قيمته ومما سمى له من القرض ، لأنه قبضه بسوم الرهن والمقبوض بسوم الرهن كالمقبوض بسوم الشراء إذا هلك فى المساومة ضمن قيمته ، كذا فى شرح الطحاوى حموى (قوله كذا فى القنية) ونصها : المقبوض على سوم الرهن إذا لم يبين المقدار الذى به رهنه وليس فيه دين لايكون مضمونا على أصح الروايتين . وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد: يعطيه المرتهن وما شاء . وعن محمد : لا أستحسن أقل من درهم . وعن أبى يوسف : إذا ضاع فعليه قيمته اهـ .

أقول : وهذه مسألة الرهن بدين موعود ، وسيذكرها المصنف فى الباب الآتى أيضا (قوله فإن هلك الخ) الأولى تقديمه على قوله المقبوض على سوم الرهن لأنه من تمام ما قبله ط .

وبيان ذلك إذا رهن ثوبا قيمته عشرة بعشرة فهلك عند المرتهن سقط دينه ، ولو قيمته خمسة رجع على الراهن بخمسة أخرى ، ولو خمسة عشر فالفضل أمانة كفاية ، وأطلق الهلاك فشمل ما لو كان بعد قضاء الدين فيسترد الراهن ما قضاه من الدين لأنه تبين بالهلاك أنه صار مستوفيا من وقت القبض السابق بزازية وغيرها ، ويأتى آخر الرهن (قوله يضمن بالتعدى) فلو رهن ثوبا يساوى عشرين درهما بعشرة فلبسه المرتهن بإذن الراهن فانتقص ستة ثم لبسه بلا إذن فانتقص أربعة ثم هلك وقيمته عشرة يرجع المرتهن على الراهن بدرهم واحد من دينه ويسقط تسعة لأن الثوب يوم الرهن كان نصفه مضمونا بالدين ونصفه أمانة ، وما انتقص بلبسه بالإذن وهو ستة لا يضمن ، وما انتقص بلا إذن وهو أربعة يضمن ويصير قصاصا بقدره من الدين ، فإذا هلك وقيمته عشرة نصفه مضمون ونصفه أمانة فبقدر المضمون يصير المرتهن مستوفيا دينه ويبقى له درهم يرجع به على الراهن ظهيرية وخانية ملخصا (قوله وضمن بدعوى الهلاك بلا برهان) كذا فى الدرر وشرح المجمع الملكى ، وظاهره أنه يضمن قيمته بالغة ما بلغت ، وأنه لايصدق بلا برهان ، وأنه بإقامته ينتفى الضمان ، وهذا مذهب الإمام مالك . أما مذهبنا فلا فرق بين ثبوت الهلاك بقوله مع يمينه أو بالبرهان ، وهو فى الصورتين مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين كما أوضحه فى الشرنبلالية عن الحقائق ، وبه أفتى ابن الحلبى ، ومثله فى فتاوى الكازرونى وفى فتاوى المصنف .

وقد زل قدم العلامة الرملى فى ذلك تبعا للمصنف هنا ، فأفتى بضمان القيمة بالغة ما بلغت كما هو مسطور فى فتاواه ، وصرح بذلك أيضا فى حاشية المنح . وممن رد عليه صاحب الفتاوى الرحيمية تبعا لشيخه الشرنبلالى فقال : هذا مخالف للمذهب رأسا واحدا والرجوع إلى الحق أحق (قوله ظاهرة) كالحيوان والعبيد والعقار أو باطنة كالنقدين والحلى والعروض درر (قوله وخصه مالك بالباطنة) أى خص الضمان بالأموال الباطنة للتهمة غرر الأفكار (قوله وله حبسه به) أى حبس الرهن بالدين (قوله للعقد) أى عقد الرهن (قوله لايبطل بمجرد الفسخ) بل لابد معه من رده على الراهن (قوله بل يبقى على الرهن رهنا) أى مضمونا ، فلو هلك فى يده سقط الدين إذا كان به وفاء هداية (قوله ما بقى القبض والدين معا) أى قبض الرهن فى يد المرتهن والدين فى ذمة

فإذا فات أحدهما لم يبق رهنا زيلعي ودرر وغيرهما (لا انتفاع به مطلقا) لا باستخدام، ولا سكنى ولا لبس ولا إجارة ولا إعارة، سواء كان من مرتهن أو راهن (إلا بإذن) كل للآخر، وقيل لا يحل للمرتهن لأنه ربا، وقيل إن شرطه كان ربا وإلا لا.

وفي الأشباه والجواهر: أباح الراهن للمرتهن أكل الثمار أو سكنى الدار أو لبن الشاة المرهونة فأكلها

الراهن واني (قوله فإذا فات أحدهما) بأن رد الرهن أو أبرأه من الدين لم يبق رهنا فيسقط الضمان، لأن العلة إذا كانت ذات وصفين يعدم الحكم بعدم أحدهما. ويرد عليه ما لو هلك قبل التسليم وبعد قضاء الدين ويضمن ويسترد الراهن ماقضاه كما مر ويأتي، وجوابه مع ما فيه في العناية (قوله ولا إجارة) فلو أجره المرتهن بلا إذن فالأجرة له كما سيذكره آخر الرهن مع بقية فروعه (قوله ولا إعارة) سيذكر في باب التصرف في الرهن أحكام إعارته من الراهن أو من أجنبي بإذن أو بدونه (قوله سواء كان) أي الانتفاع (قوله من مرتهن أو راهن) الأول مصرح به في عامة المتون، والثاني صرح به في درر البحار وشرح مختصر الكرخي وشرح الزاهدي وفيه خلاف الشافعي فعنده يجوز له الانتفاع بغير الوطء، والأول لا خلاف فيه كما في غرر الأفكار.

بقي لو سكن في دار الرهن هل تلزمه أجرة؟ أجاب في الخيرية إنه لا تلزمه مطلقا أذن الراهن أو لا معدة للاستغلال أو لا، ومثله في البزازية. وأجاب في الخيرية بذلك أيضا لو كانت ليتيم، وقد مر ذلك آخر الغصب فراجعه (قوله إلا بإذن) فإذا انتفع المرتهن بإذن الراهن وهلك الرهن حالة استعماله يهلك أمانة بلا خلاف، أما قبل الاستعمال أو بعده يهلك بالدين، ولو كان أمة لا يحل وطؤها لأن الفرج أشد حرمة، لكن لا يحد بل يجب العقر عندنا معراج (قوله وقيل لا يحل للمرتهن) قال في المنح: وعن عبد الله محمد بن أسلم السمرقندي وكان من كبار علماء سمرقند أنه لا يحل له أن ينتفع بشيء منه بوجه من الوجوه وإن أذن له الراهن، لأنه أذن له في الربا لأنه يستوفي دينه كاملا فتبقى له المنفعة فضلا فيكون ربا، وهذا أمر عظيم.

قلت: وهذا مخالف لعامة المعتبرات من أنه يحل بالإذن إلا أن يحمل على الديانة، وما في المعتبرات على الحكم ثم رأيت في جواهر الفتاوى: إذا كان مشروطا صار قرضا فيه منفعة وهو ربا وإلا فلا بأس اهـ ما في المنح ملخصا وأقره ابنه الشيخ صالح، وتعقبه الحموي بأن ما كان ربا لا يظهر فيه فرق بين الديانة والقضاء: على أنه لا حاجة إلى التوفيق بعد أن الفتوى على ما تقدم: أي من أنه يباح.

أقول: ما في الجواهر يصلح للتوفيق وهو وجيه، وذكروا نظيره فيما لو أهدى المستقرض للمقرض، إن كانت بشرط كره وإلا فلا، وما نقله الشارح عن الجواهر أيضا من قوله لا يضمن يفيد أنه ليس بربا، لأن الربا مضمون فيحمل على غير المشروط وما في الأشباه من الكراهة على المشروط، ويؤيده قول الشارح الآتي آخر الرهن إن التعليل بأنه ربا يفيد أن الكراهة تحريمية فتأمل: وإذا كان مشروطا ضمن كما أفتى به في الخيرية فيمن رهن شجر زيتون على أن يأكل المرتهن ثمرته نظير صبره بالدين.

قال ط: قلت والغالب من أحوال الناس أنهم إنما يريدون عند الدفع الانتفاع، ولولاه لما أعطاه الدراهم وهذا بمنزلة الشرط، لأن المعروف كالمشروط وهو مما يعين المنع، والله تعالى أعلم اهـ.

[فائدة] قال في التاترخانية ما نصه: ولو استقرض دراهم وسلم حماره إلى المقرض ليستعمله إلى شهرين حتى يوفيه دينه أو داره ليسكنها فهو بمنزلة الإجارة الفاسدة، إن استعمله فعليه أجر مثله ولا يكون رهنا اهـ: وقدمناه في الإجارات فتنبه (قوله فأكلها) سيأتي آخر الرهن عن فتاوى المصنف أن الظاهر أن الأكل يشمل أكل ثمنها

لم يضمن وله منعه ، ثم أفاد فى الأشباه أنه يكره للمرتهن الانتفاع بذلك ، وسيجىء آخر الرهن .

(ماتت الشاة فى يد المرتهن قسم الدين على قيمة الشاة ولبنها الذى شربه ، فحظ الشاة يسقط وحظ اللبن يأخذه المرتهن ؛ فلو فعل) الانتفاع قبل إذنه (صار متعديا ولم يبطل) الرهن (به . وإذا طلب) المرتهن (دينه أمر بإحضار رهنه) لئلا يصير مستوفيا مرتين إلا إذا كان له حمل أو عند العدل لأنه لم يأتمنه شرح مجمع (فإن أحضر سلم) له (كل دينه أولا ثم) سلم المرتهن (رهنه) تحقيقا للتسوية (وإن طالب) دينه (فى غير بلد العقد) للرهن (فكذلك) الحكم (إن لم يكن للرهن مؤنة ، وإن كان) لحمله مؤنة) سلم دينه وإن لم يحضره) لأن الواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان إلى مكان ؛ ونقل القهستانى عن الذخيرة أنه لو لم يقدر على إحضاره أصلا مع قيامه لم يؤمر به اه فليحفظ (و) لكن (للراهن

(قوله لم يضمن) أى ولا يسقط شىء من دينه قنية يعنى إذا لم يهلك الأصل كما يأتى بيانه (قوله وسيجىء) أى هذا البحث بزيادة بيان (قوله ماتت الشاة الخ) يوجد فى بعض النسخ متنا وسقط من بعضها ولم يكتب عليه المصنف (قوله الذى شربه) أى بإذن الراهن كما صرح به فى الولوالجية فافهم (قوله وحظ اللبن يأخذه المرتهن) أى يأخذه من الراهن ، لما سيأتى أن نماء الرهن رهن مع الأصل ولما أتلفه المرتهن بإذن الراهن صار كأن الراهن أتلفه فيكون مضمونا عليه فكان له حصة من الدين وهذا معنى قولنا آنفا يعنى إذا لم يهلك الأصل ، وسيأتى تمام بيان ذلك آخر الرهن إن شاء الله تعالى (قوله صار متعديا) فيضمنه كالغصب ، ولو عاد إلى الوفاق عاد رهنا ويأتى تمامه (قوله لئلا يصير مستوفيا مرتين) أى على تقدير هلاك الرهن . قال فى غرر الأفكار : فإنه لو أمر بقضاء الدين قبل الإحضار فربما يهلك الرهن أو كان هالكا فيصير مستوفيا دينه مرتين اه (قوله إلا إذا كان له حمل) لأنه عاجز شرح مجمع : أى عاجز حكما بما يلحقه من المؤنة . ونقل الشلبى أنه إن كان فى بلد الرهن يؤمر بإحضاره مطلقا ، وإلا فإن لم يكن له حمل ومؤنة فكذا ، وإن كان له حمل لا يؤمر ، وحمل ط مافى شرح المجمع عليه .

أقول : هذا هو المتبادر من كلامهم لكن فيه نظر ، لأن الواجب عليه التخلية لا النقل كما يأتى على أنه يخالف مافى البزازية حيث قال : إن لم يلحقه مؤنة فى الإحضار يؤمر به ، وإن كان مما يلحقه مؤنة بأن كان فى موضع آخر لا يؤمر به اه .

وفى الذخيرة : الأصل أنه إن قدر على إحضاره بلا مؤنة فللراهن أن يمتنع عن القضاء ، وإن لم يقدر أصلا مع قيام الرهن أو لم يقدر إلا بمؤنة فلا . ثم قال بعد كلام وإن لقيه فى بلد الرهن والرهن جارية أمر بإحضارها لقدرته بلا مؤنة ، وتركنا القياس فيما يلحقه مؤنة فبقى ماعداه على أصل القياس اه ملخصا فتأمل (قوله أو عند العدل) سيأتى متنا قريبا (قوله ثم سلم المرتهن رهنه) فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ماقضاه لأنه صار مستوفيا عند الهلاك بالقبض السابق ، فكان الثانى استيفاء بعد استيفاء فيجب رده هداية ، وسيأتى آخر الرهن (قوله تحقيقا للتسوية) أى فى تعيين حق كل . قال فى الذخيرة لأن المرتهن عين حق الراهن فيجب على الراهن تعين حق المرتهن إلا أن تعيين الدراهم والدنانير لا يقع إلا بالتسليم ليحصل التعيين اه فهو تعليل لوجوب تسليم الدين أولا . وأما علة الإحضار فقد مرت فى قول الشارح لئلا يصير مستوفيا مرتين فافهم (قوله للرهن) متعلق بالعقد (قوله مع قيامه) أى قيام الرهن ، واحترز به عما إذا لم يقدر لهلاكه (قوله لم يؤمر به) أى كما إذا لم يقدر عليه إلا بمؤنة تلحقه ، وهو مذكور فى الذخيرة أيضا كما قدمناه (قوله ولكن للراهن الخ) استدراك على قوله وإن لم يحضره ، وقوله لم يؤمر به فهو تقييد لما قبله ، وعبارة المتن تفيده وإنما أتى بلكن متابعة لعبارة الذخيرة والكفاية وغيرهما فافهم

أن يحلفه بالله ما هلك) وهذا كله إذا ادعى الراهن هلاكه ، أما إذا لم يدّع فلا فائدة فى إحضاره ، وكذا الحكم عند كل نجم حل كما حرره ابن الشحنة وقال نظما :

ولا دفع ما لم يحضر الرهن أو يكن   بغير مكان العقد والحمل يعسر

(قوله أن يحلفه) أى على البتات لأنه تحليف على الهلاك فى يده ذخيرة (قوله وكذا الحكم عند كل نجم حل) أى لو كان الدين مقسطا فحل قسط ط قال فى النهاية : وكما يكلف المرتهن إحضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء نجم قد حل ، هذا إذا ادّعى الراهن هلاك الرهن وطلب من القاضى أن يأمره بالإحضار ليظهر حاله فيأمره به إن كان فى بلد الرهن . أما إذا لم يدع هلاكه فلا حاجة إلى إحضاره إذ لا فائدة فيه اهـ ملخصا ، ومثله فى الزيلعى .

واعترضه العلامة الطرسوسى بأن التقييد بقوله هذا إذا ادعى الراهن هلاك الرهن الخ من عنده لم يعزه إلى أحد وهو فاسد لأن فيه ترك الاحتياط فى القضاء ، بل يأمره القاضى بإحضاره وإن لم يدع الراهن الهلاك لئلا يصير قاضيا بالاستيفاء مرتين إلا أن يصدقه الراهن على بقائه ، وأقره ابن وهبان فقال : تتبعت ما عندى من الكتب فلم أجد هذا القيد ، وعباراتهم تفيد صحة ما ذكره الطرسوسى ، والقياس يقتضى صحة ما فى النهاية ، لأن الأصل عدم الهلاك وطلب إحضار المرهون حق الراهن فإذا لم يطلبه لايجب على الحاكم جبر المرتهن عليه والتحليف على عدم الهلاك فيما لو كان للرهن حمل ومؤنة كالأمر بالإحضار على هذين القولين اهـ ملخصا من شرح الوهبانية لابن الشحنة : ثم حرر ابن الشحنة المسألة واختار تفصيلا فيها وهو لزوم الإحضار مطلقا فى مسألة قضاء الدين بتمامه للتعليل المار . وأما فى قضاء نجم منه فلا يلزم إلا بدعوى الراهن الهلاك لأنه بدفع نجم منه لايكون مستوفيا لجميع الحق فلا يجبر على إحضار جميع الرهن لكن بدعوى الهلاك توجه الطلب فيلزم الإحضار ثم إن التحليف على هذا التفصيل اهـ ملخصا . وقد أورد هذا التفصيل فى نظمه الآتى : قال الشرنبلالى : وقد فهم الشارح أن التقييد بطلب المدعى فيما إذا أراد وفاء نجم فقط ولكنه غير مسلم لما علمته من كلام الزيلعى الموافق لكلام النهاية اهـ .

وأقول وبالله أستعين : الذى يظهر لى أن الحق مع صاحب النهاية وأن القيد للمسألتين كما فهمه الشرنبلالى ، فلا يلزم القاضى أمر المرتهن بالإحضار إلا إذا طلبه الراهن وادّعى الهلاك لأنه حقه ، يدل عليه أنه فى الذخيرة قيد التحليف على عدم الهلاك بطلب الراهن وتبعه القهستانى ومثله فى غرر الأفكار .

وفى البزازية : وإن ادعى أى الراهن هلاكه يحلف المرتهن على قيامه ، فإذا حلف أمر : أى الراهن بأداء الدين اهـ ولم يقيدوه بصورة وفاء الدين بتمامه أو وفاء نجم منه ، وقد علمت مما مر استواء الأمر بالإحضار والتحليف وجريان النزاع فيهما ، فحيث كان المنقول أنه لا يجب على القاضى تحليفه إلا بطالب صاحب الحق فكذا لا يجب عليه الأمر بالإحضار إلا بالطلب مطلقا ، هذا ما ظهر لفهمى القاصر والله تعالى أعلم (قوله كما حرره ابن الشحنة) الذى حرره هو التفصيل كما علمته أفاده ط (قوله ولا دفع الخ) أى لا يدفع الراهن الدين بتمامه ما لم يحضر المرتهن الرهن وإن لم يدّع الراهن الهلاك إلا أن يكون فى غير بلد الرهن ولحمله مؤنة فيدفع الدين ، وله تحليف المرتهن على عدم الهلاك ، قوله كذا النجم : أى لا يدفع نجما حل ما لم يحضر المرتهن الرهن وإن لم يدع الهلاك ، وحينئذ فحكم النجم والدين بتمامه سواء ، وهذا على غير ما فى النهاية : أما على ما فيها فبينهما فرق من حيث أنه فى النجم لا يؤمر المرتهن بإحضار الرهن بدون دعوى المديون الهلاك ، وإليه أشار بقوله أولا إلى آخره عطفا على قوله كذا النجم ، والمنفى بلا محذوف دل عليه مضمون الكلام قبله ، فإن قوله ما لم يحضر الرهن يفيد أنه يؤمر بالإحضار : أى ولا يؤمر المرتهن فى صورة النجم بالإحضار إلا بدعوى الراهن الهلاك ، هذا تقرير النظم على ما فهمه ابن الشحنة من إرجاع التقييد بدعوى الهلاك فى كلام النهاية إلى مسألة النجم فقط ، وادعاء الفرق بينهما وقدمنا ما فيه (قوله أو يكن الخ) هذا يؤيد ما تقدم عن الشلبى من التفصيل ط . قال السائحانى : وأو هنا

كذا النجم أولا دون دعوى مدينه هلاكا وهذا فى النهاية يذكر

(ولا يكلف مرتهن) قد (طلب دينه إحضار رهن قد وضع عند العدل بأمر الراهن ولا) إحضار (ثمن رهن باعه المرتهن بأمره) أى بأمرالراهن (حتى يقبضه) لإذنه بذلك (و) حينئذ فـ (إذا قبضه) أى الثمن (يكلف إحضاره) لقيام البدل مقام المبدل (ولا) يكلف (مرتهن معه رهنه تمكين الراهن من بيعه ليقضى دينه) بثمنه لأن حكم الرهن الحبس الدائم حتى يقبض دينه (ولا) يكلف (من قضى بعض دينه) أو أبرأ بعضه (تسليم بعض رهنه حتى يقبض البقية من الدين) أو يبرئها اعتبارا بحبس المبيع ؛

(ويجب) على المرتهن (أن يحفظه بنفسه وعياله) كما فى الوديعة (وضمن إن حفظ بغيرهم) كما مر فيها (و) ضمن (بإيداعه) وإعارته وإجارته واستخدامه (وتعديه كل قيمته) فيسقط الدين بقدره (وكذا) يضمن (كل قيمته بجعل خاتم الرهن فى خنصره) سواء جعل فصه لبطن كفه أولا ، وبه يفتى برجندى (اليسرى

بمعنى إلا والفعل بعدها حقه النصب بأن مضمرة إلا أنه ورد الجزم بها ويصح عطفه على يحضر : أى لا دفع ما لم يكن الخ اه ؛

فالمعنى لا دفع مدة لم يكن فى غير مكان العقد أى بأن كان فى مكان العقد لأن النفى نفى إثبات ، لكن يبعد قوله والحمل يعسر ، لأنه إذا كان فى مكان العقد لا يحتاج إلى حمل ، إلا أن يقال : يمكن أنه نقله إلى داره فيصير معنى البيت لا دفع إذا كان الرهن فى بلدة العقد إلا إذا أحضره المرتهن ما لم يكن له حمل ومؤنة . وعلى هذا فهو مخالف لما مر عن الشلبى مؤيد لما قدمناه عن البزازية والذخيرة لكنه بعيد فتأمل (قوله ولا يكلف مرتهن الخ) لأنه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه فى قدرته (قوله عند العدل) هو من يوضع عنده الرهن ويأتى له باب مخصوص (قوله بأمر الراهن) متعلق بوضع (قوله لإذنه بذلك) أى بالبيع فصار كأنهما تفاسخا الرهن وصار الثمن رهنا ولم يسلم إليه بل وضعه على يد عدل ، وتمامه فى الهداية وشروحها (قوله تمكين الراهن من بيعه) يعنى لا يكلف تسليم الرهن ليباع بالدين ، لأن عقد البيع لا قدرة للمرتهن على المنع منه شرنبلالية نعم يتوقف نفاذ البيع على إجازة المرتهن أو قضاء دينه ، ولا ينفسخ بفسخه فى الأصح كما يأتى بيانه (قوله ولا يكلف من قضى الخ) من واقعة على المرتهن وقضى مبنى للمجهول وبعض نائب الفاعل أى بعض دينه الثابت له على الراهن ، وقوله أو أبرأ مبنى للمعلوم (قوله اعتبارا بحبس المبيع) أى عند البائع فإنه لا يلزمه تسليم بعضه بقبض بعض الثمن ، لكن لو رهنه عبدين وسمى لكل شيئا من الدين له قبض أحدهما بأداء ما سمى له ، بخلاف البيع كما سيذكره فى الباب الآتى (قوله وعياله) المعتبر فى كون الشخص عيالا له أن يساكنه سواء كان فى نفقته أم لا كالزوجة والولد والخادم الذين فى عياله والزوج الأجير الخاص مشاهرة أو مسانهة لا مياومة ، ويجرى مجرى العيال شريك المفاوضة والعنان ، ولا يشترط فى الزوجة والولد كونهما فى عياله اه غرر الأفكار (قوله وضمن الخ) مفعوله قوله : الآتى كل قيمته فهو ضمان الغصب لا ضمان الرهن ، والمراد أنه يضمن بهذه الأشياء إذا هلك بسببها ، وكل فعل يغرم به المودع يغرم به المرتهن وما لا فلا ، إلا أن الوديعة لا تضمن بالتلف كما فى جامع الفصولين ه وفيه : لو خالف ثم عاد فهو رهن على حاله ، فلو ادعى الوفاق وكذبه راهنه صدق راهنه لأنه أقر بسبب الضمان ؛

[تنبيه] لو مات المرتهن مجهلا يضمن كما فى الخيرية وغيرها (قوله وتعديه) عطف عام على خاص أى كالقراءة والبيع واللبس والركوب والسكنى بلا إذن قهستانى (قوله كل قيمته) أى بالغة ما بلغت لأنه صار غاصبا إتقانى : وفى الهداية لأن الزيادة على مقدار الدين أمانة والأمانات تضمن بالتعدى (قوله فيسقط الدين بقدره)

أو اليمنى) على ما اختاره الرضى لكن قدمنا فى الحظر عن البرجندى هنا أنه شعار الروافض وأنه يجب التحرز عنه فتنبه :
قلت : ولكن جرت العادة فى زماننا بلبسه كذلك فينبغى لزوم الضمان قياسا على مسألة السيف الآتية فليحرر لا يجعله فى أصبع أخرى إلا إذا كان المرتهن امرأة فتضمن لأن النساء يلبسن كذلك فيكون استعمالا لا حفظا ابن كمال معزيا للزيلعى (و) مثله (تقلد سيفى الرهن لا الثلاثة) فإن الشجعان يتقلدون فى العادة بسيفين لا الثلاثة (و) فى (لبس خاتمه) أى خاتم الرهن (فوق آخر يرجع إلى العادة) فإن كان ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن وإلا كان حافظا فلا يضمن (ثم إن قضى بها) أى بالقيمة المذكورة (من جنس الدين يلتقيان قصاصا بمجرده) أى بمجرد القضاء بالقيمة (إذا كان الدين حالا وطالب) المرتهن (الراهن بالفضل إن كان) ثمة فضل (وإن) كان الدين (مؤجلا يضمن المرتهن قيمته وتكون رهنا عنده ، فإذا حل الأجل أخذه بدينه وإن قضى بالقيمة من خلاف جنسه كان الضمان رهنا عنده إلى قضاء دينه) لأنه بدل الرهن فأخذ حكمه :

أى يسقط الدين جميعه حالة كونه بقدر ما ضمن وإلا رجع كل منهما على صاحبه بما فضل وكان الأولى حذف ذلك لأن فيه تفصيلا يأتى فى المتن قريبا (قوله على ما اختاره الرضى) أقول : الذى فى البزازية وغيرها أنه اختاره السرخسى ، وكأنّ ما هنا من تحريف النساخ إذا لم يشتهر هذا الاسم على أحد من أئمتنا فيما أعلم تأمل (قوله لكن قدمنا فى الحظر عن البرجندى هنا) أى عن شرح البرجندى فى هذا المحل ، وهو كتاب الرهن : ثم إن الذى قدمه فى الحظر لم يعزه إلى البرجندى ، نعم عزاه إليه فى الدر المنتقى حيث قال : كذا نقله البرجندى فى الرهن عن كشف البزدوى اهـ . وفى بعض النسخ بدل لفظ فيها فقال ط : أى فى اليمين (قوله أنه) أى إن جعله فى اليمين (قوله قلت ولكن الخ) هذا معنى ما قدمه فى الحظر أن ذاك الشعار كان وبان ، وقدمنا هناك أن الحق التسوية بين اليمين واليسار لثبوت كل منهما عن سيد الأخيار صلى الله عليه وسلم : ثم إن هذا استدراك على الاستدراك ، فهو تأييد لما فى المتن من التسوية بينهما بناء على أنه يلبس فى كل منهما فهو استعمال لا حفظ فلذا يضمن وعلى هذا فقوله فينبغى الخ لا حاجة إليه لأنه عين ما فى المتن وهو المصرح به فى الهداية وغيرها فلا حاجة إلى إثباته بالبحث والقياس الذى لسنا أهلا له (قوله لا يجعله الخ) عطف على قول المصنف بجعل خاتم الرهن فى خنصره أى لا يضمن بجعله فى غير الخنصر :

والأصل فى هذا أن المرتهن مأذون بالحفظ دون الاستعمال ، فجعل الخاتم فى الخنصر استعمال موجب للضمان وفى غيرها حفظ لا لبس لأنه لا يقصد فى العادة فلا يضمن ، وكذلك الطيلسان إن لبسه كما تلبس الطيالسة ضمن لأنه استعمال وإلا كأن وضعه على عاتقه فلا لأنه حفظ ، ثم المراد بعدم الضمان فيما يعد حفظا لا استعمالا أنه لا يضمن ضمان الغصب لا أنه لا يضمن أصلا لأنه مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين كما صرح به فى شرح الطحاوى إتقانى ملخصا (قوله فإن الشجعان الخ) كذا فى الهداية والتبيين ، وظاهره لزوم الضمان وإن لم يكن المرتهن من الشجعان مع أنهم فى لبس الخاتم اعتبروا حال المرتهن نفسه ، والظاهر أن المراد هنا ما إذا كان منهم بدليل قول قاضيخان وغيره وفى السيفين إذا كان المرتهن يتقلد بسيفين لأنه استعمال اهـ فقد نظر إلى حال المرتهن كما فى الخاتم ويحمل ما هنا عليه تندفع المنافاة فافهم (قوله لا الثلاثة) فيكون حفظا لا استعمالا فلا يضمن (قوله وفى لبس خاتمه الخ) وكذا لو رهنه خاتمين فلبس خاتما فوق خاتم زيلعى (قوله يرجع إلى العادة) أى عادة المرتهن وإن خالفت عادة غيره كما يؤخذ مما بعده (قوله ثم إن قضى بها الخ) تفصيل وبيان لما أجمله سابقا (قوله أى بالقيمة المذكورة) أى فى قوله كل قيمته (قوله من جنس الدين) والدراهم والدنانير جنسان مختلفان كما يستفاد من شرح الحموى أبو السعود ، قال ط : وبه صرح فى المعدن مكي اهـ (قوله وطالب المرتهن الراهن بالفضل)

(وأجرة بيت حفظه وحافظه) ومأوى الغنم (على المرتهن وأجرة راعيه) لوحيوانا (ونفقةالرهن والخراج والعشر (على الراهن) والأصل فيه أن كل ما يحتاج إليه لمصلحة الرهن بنفسه وتبقيته فعلى الراهن لأنه ملكه ، وكل ما كان لحفظه فعلى المرتهن لأن حبسه له :

واعلم أنه لايلزم شيء منه لو اشترط على الراهن قهستانى عن الذخيرة ، وأما مؤنة رده كجعل آبق (أو رد جزء منه) كمداواة جريح (إلى يده) أى إلى يد المرتهن (فتنقسم على المضمون والأمانة فالمضمون على المرتهن والأمانة مضمونة على الراهن) لو قيمته أكثر من الدين وإلا فعلى المرتهن ، وكذا معالجة أمراض وقروح وفداء جناية (وكل ماوجب على أحدهما فأداه الآخر كان متبرعا إلا أن يأمره القاضى به ويجعله دينا على الآخر) فحينئذ يرجع عليه ، وبمجرد أمر القاضى بلا تصريح بجعله دينا عليه لايرجع كما فى الملتقط : وعن الإمام لايرجع لو صاحبه حاضرا مطلقا

أى بما زاد من الدين على ما ضمنه ولو الدين أقل طالب الراهن المرتهن بالفضل ، فلو قال كما فى الزيلعى : وطالب كل واحد منهما صاحبه بالفضل لكان أشمل (قوله وحافظه) عطف على بيت (قوله ونفقة الرهن) كأكله ومشربه وكسوة الرقيق وأجرة ظئر ولد الرهن وسقى البستان وكرى النهر وتلقيح نخيله وجذاذه والقيام بمصالحه هداية :

[فرع] باع عبدا برغيف بعينه فلم يتقابضا حتى أكل العبدالرغيف صار البائع مستوفيا للثمن بخلافه مالورهن دابة بقفيز شعير فأكلته لا يصير المرتهن مستوفيا للدين ، والفرق أن النفقة فى الأول على البائع وفى الثانى على الراهن جوهرة ملخصا (قوله والخراج والعشر) بالرفع عطفا على أجرة :

وفى البزازية : أخذ السلطان الخراج أو العشر من المرتهن لايرجع على الراهن لأنه إن تطوع فهو متبرع ، وإن أكره فقد ظلمه السلطان والمظلوم لا يرجع إلا على الظالم اه (قوله فعلى الراهن) سواء كان فى الرهن فضل أو لا هداية (قوله لأنه ملكه) فعليه كفايته ومؤنته (قوله شيء منه) أى مما يجب على المرتهن :

وفى الجوهرة : لو شرط الراهن للمرتهن أجرة على حفظ الرهن لايستحق شيئا لأن الحفظ واجب عليه ، بخلاف الوديعة لأن الحفظ غير واجب على المودع اه (قوله كمداواة جريح) أى مداواة عضو جريح أوعين ابيضت ونحو ذلك مما يذكره (قوله على المضمون) أى مادخل فى ضمان المرتهن والأمانة خلافه (قوله وإلا فعلى المرتهن) أى فقط لأنه محتاج إلى إعادة يد الاستيفاء التى كانت له (قوله وكذا) أى ينقسم على المضمون والأمانة كما فى الهداية وغيرها : وفى البزازية : وثمن الدواء وأجرة الطبيب على المرتهن : وذكر القدورى أن ما كان من حصة الأمانة فعلى الراهن ، ومن المشايخ من قال ثمن الدواء على المرتهن إنما يلزم أن لوحدثت الجراحة فى يده ، فلو عند الراهن فعليه : وقال بعضهم على المرتهن بكل حال وإطلاق محمد يدل عليه اه (قوله كان متبرعا) لأنه غير مضطر فيه لأنه يمكنه الرفع إلى القاضى (قوله فحينئذ يرجع عليه) فلو كان الآبى هو الراهن يرجع المرتهن عليه سواء كان المرهون قائما أولا ولا يكون رهنا بالنفقة فليس له الحبس بذلك ، وهو قول الإمام بزازية (قوله لايرجع) وعليه أكثر المشايخ ، لأن هذا الأمر ليس للإلزام بل للنظر وهو متردد بين الأمر حسبة أوليكون دينا ، والأدنى أولى مالم ينص على الأعلى كما فى الذخيرة :

بقى ما إذا لم يكن فى البلدة قاض أو كان من قضاة الجور : قال العلامة المقدسى : لايصدق المرتهن على النفقة إلا ببينة اه يعنى لايصدق على أنه أنفق ليرجع إلا ببينة على الرجوع على مايظهر لى سائحانى (قوله وعن الإمام الخ) أفاد بحكاية الخلاف فى الحاضر أن ما فى المتن مفروض فى الغائب (قوله مطلقا) أى وإن كان بأمر القاضى

خلافا للثانى ، وهى فرع مسألة الحجر زيلعى .

(قال الراهن الرهن غير هذا وقال المرتهن بل هذا هو الذى رهنته عندى فالقول للمرتهن) لأنه القابض ، بخلاف ما لو ادعى المرتهن رده على الراهن بعد قبضه فإن القول للراهن لأنه المنكر ، فإن برهنا فللراهن أيضا ويسقط الدين لإثباته الزيادة ، ولو قبل قبضه فالقول للمرتهن لإنكاره دخوله فى ضمانه ، وإن برهنا فللراهن لإثباته الضمان بزازية .

لأنه يمكنه أن يرفع إلى القاضى فيأمر صاحبه بذلك اهـ ح (قوله خلافا للثانى) حيث قال يرجع حاضرا وغائبا كما فى الذخيرة ، لكن فى الخانية أنه لو كان حاضرا وأبى عن الانفاق فأمر القاضى به رجع عليه وبه يفتى اهـ قهستانى ، فالمفتى بهقول الثانى : وعليه فلا فرق بين الحاضر والغائب وهو ظاهر إطلاق المتن (قوله وهى فرع مسألة الحجر) لأن القاضى لا يلى على الحاضر ولا ينفذ أمره عليه ، لأنه لو نفذ أمره عليه لصار محجورا عليه وهو لا يملك حجره عنده ، وعند أبى يوسف يملك فينفذ أمره عليه زيلعى (قوله بخلاف مالو ادعى المرتهن رده الخ) أى وأنه هلك بعد الرد وادعى عليه الراهن أنه هلك عند المرتهن (قوله لأنه المنكر) لأنهما اتفقا على دخوله فى الضمان والمرتهن يدعى البراءة والراهن ينكرها ، فكان القول قوله بدائع (قوله ويسقط الدين) أى بهلاكه فإن الكلام فيه ط (قوله لإثباته الزيادة) علة لقوله فللراهن أيضا اهـ ط .

وعبارة البدائع : ولو أقاما البينة فالبينة بينته أيضا لأنها تثبت استيفاء الدين وبينة المرتهن تنفى ذلك فالمثبتة أولى اهـ . وهى تفيد قبول بينة المرتهن إذا انفردت شرنبلالى (قوله ولو قبل قبضه) الأولى أن يقول ولو فى هلاكه قبل قبضه أى لو اختلفا فى هلاك الرهن فزعم المرتهن أنه هلك فى يد الراهن قبل قبضه وقال الراهن بعد القبض ط (قوله بزازية) عبارتها : زعم الراهن هلاكه عند المرتهن وسقوط الدين وزعم المرتهن أنه رده إليه بعد القبض وهلك فى يد الراهن فالقول للراهن ، لأنه يدعى عليه الرد العارض وهو ينكر ، فإن برهنا فللراهن أيضا ويسقط الدين لإثباته الزيادة ، وإن زعم المرتهن أنه هلك فى يد الراهن قبل قبضه فالقول للمرتهن لإنكاره دخوله فى ضمانه ، وإن برهنا فللراهن لإثباته الضمان اهـ وهى عبارة واضحة لا غبار عليها ط .

[تنبيه] قد ظهر من هذا أن المسألة مفروضة فى دعوى الهلاك والاختلاف فى زمنه هل هو قبل الرد أو بعده وهى المذكورة فى عامة الكتب : أما إذا كان الاختلاف فى دعوى الرد من غير ذكر الهلاك فقد ألف فيه الشرنبلالى رسالة سماها [الإقناع فى الراهن والمرتهن إذا اختلفا فى رد الرهن ولم يذكر الضياع] وقد تردد فى جواب الحكم فيها فقال : قد يجاب بأن القول للراهن بيمينه ، نص عليه فى معراج الدراية بقوله ولو اختلفا فى رد الرهن فالقول للراهن بلا خلاف لأنه منكر اهـ قال لكن قد يحمل على ما إذا اختلفا فى الرد والهلاك لأن سياق كلام المعراج فى الاختلاف فى الهلاك ، وقد صرحوا بأن الرهن بمنزلة الوديعة فى يد المرتهن وأنه أمانة فى يده وبأن كل أمين ادعى إيصال الأمانة إلى مستحقها قبل قوله فى حياة المستحق أو بعد وفاته ، فمن ادعى استثناء المرتهن من هذه الكلية فعليه البيان ، ويعارض كلام المعراج بما لو ادعى المرتهن هلاك الرهن عنده وأنكره الراهن فإن القول للمرتهن بيمينه لأنه أمين كالمودع والمستعير مع أن الراهن منكر . ثم قال : وعلى ما فى المعراج هل يسقط قدر الدين ولا يضمن الزائد أو لا ضمان أصلا نظرا للأمانة وإقرار الراهن بعدم قضاء الدين أو يضمن كل القيمة ، فليتق الله تعالى الحاكم والمفتى ، ولينظر نصا يفيد ذلك اهـ ملخصا .

أقول : لكن الفرق ظاهر بين الرهن وغيره من الأمانات لأنه مضمون بالدين فكيف يصدق فى الرد .

(يجوز له السفر به) بالرهن (إذا كان الطريق أمنا) كما فى الودبعة (وإن كان له حمل ومؤنة) وكذا الانتقال عن البلد ، وكذا العدل الذى الرهن فى يده كما فى العمادية معزيا للعدة على خلاف ما فى فتاوى القاضيين ، ولعل ما فى العدة قول الإمام ، وما فى الفتاوى قولهما كما يفيده كلام القنية .

[فائدة] فى الحديث « إذا عمى الرهن فهو بما فيه » قالوا : معناه إذا اشتبهت قيمته بعد هلاكه بأن قال كل لا أدرى كم كانت قيمته ضمن بما فيه من الدين كذا ذكره المصنف أول الباب .

باب ما يجوز ارتهانه وما لا يجوز

(لا يصح رهن مشاع) لعدم كونه مميزا كما مر (مطلقا)

وأما ماعارض به كلام المعراج فلا يخفى عدم وروده ، لأن الضمير فى عنده إن كان للمرتهن فلا معنى لكون القول له لأن الدين يسقط بهلاك الرهن عند المرتهن فلا معارضة لأنه لم ينف الضمان عن نفسه ، وفى دعواه الرد ينفى الضمان عن نفسه ، وإن كان الضمير للراهن فإنما يكون القول للمرتهن بيمينه إذا ادعى الهلاك قبل القبض لا بعده كما مر عن البزازية . والفرق بينه وبين دعوى مجرد الرد بعد القبض أظهر من أن يخفى .

ورأيت فى فتاوى قارئ الهداية مانصه : سئل عن المرتهن إذا ادعى رد العين المرهونة وكذبه الراهن هل القول قوله ؟ أجاب : لايكون القول قوله فى رده مع يمينه لأن هذا شأن الأمانات لا المضمونات بل القول للراهن مع يمينه فى عدم رده إليه اه ومثله فى فتاوى ابن الشلبى وفتاوى ابن نجيم وهو عين مافى المعراج فلزم اتباع المنقول ، كيف وهو المعقول ، ومقتضى عدم قبول قوله ضمانه الجميع ، لكن ينبغى أن يقال إن ذلك كله فيما إذا كان الرهن غير زائد على الدين ، فإن كان زائدا لايضمن الزيادة لتمحضها أمانة غير مضمونة فيكون القول قوله فيها سواء ادعى مجرد الرد أو مع الهلاك ، هذا ما ظهرلى ، والله تعالى أعلم . وهذا التحرير من خواص كتابنا هذا ، ولله تعالى الحمد (قوله إذا كان الطريق أمنا) أى ولم يقيد بالمصر ، أما إذا قيد به لايملكه وتمامه فى ط (قوله وكذا الانتقال عن البلد) أى الانتقال عن بلد للسكنى فى بلد آخر تأمل (قوله وكذا العدل) أى كالمرتهن فيما ذكر (قوله على خلاف مافى فتاوى القاضيين) أى قاضيخان والقاضى ظهير الدين حيث قالا : ليس للمرتهن أن يسافر بالرهن ، وزاد الأول وهذا عند الصاحبين (قوله ولعل مافى العدة) سبقه إلى هذا التوفيق صاحب جامع الفصولين . واعترضه الرملى بأنه لاحاجة إلى التوفيق ، فإن مافى قاضيخان صريح فى أنه قولهما (قوله إذا عمى الرهن) عمى عليه الخبر : أى خفى مجاز من عمى البصر مغرب . قال ط : لم أقف على ضبطه ، وقد قرئ قوله تعالى — فعميت عليكم — بالتخفيف والتشديد ، والمراد إذا خفى حاله ولم تدر قيمته وقد اتفقا على هلاكه اه (قوله فهو بما فيه) الباء للمقابلة والمعاوضة سعدى (قوله ضمن بما فيه من الدين) فيسقط الدين عن الراهن ، وهذا إذا لم يعلم أنه أقل فإن علم واشتبهت قيمته يراجع حكمه ط (قوله كذا ذكره المصنف) وكذا فى الهداية والعناية . وقال فى النهاية : كذا فى المبسوط حاكيا هذا التأويل عن الفقيه أبى جعفر اه والله تعالى أعلم .

باب ما يجوز ارتهانه وما لا يجوز

(قوله لايصح رهن مشاع) أى إلا إذا كان عبدا بينهما رهناه عند رجل بدين له على كل واحد منهما رهنا واحدا ، فلو رهن كل نصيبه من العبد لم يجز كما فى القهستانى عن الذخيرة ، وإلا إذا ثبت الشيوع فيه ضرورة كما يأتى آخر السوادة (قوله مطلقا) يفسره مابعده ، وإنما لم يجز لأن موجب الرهن الحبس الدائم ، وفى المشاع يفوت

مقارنا أو طارئا من شريكه أو غيره يقسم أولا ، ثم الصحيح أنه فاسد يضمن بالقبض ، وجوزه الشافعي :

وفي الأشباه : ما قبل البيع قبل الرهن إلا في أربعة : المشاع والمشغول والمتصل بغيره والمعلق عتقه بشرط قبل وجوده غير المدبر

الدوام لأنه لابد من المهايأة فيصير كأنه قال رهنتك يوما دون يوم ، وتمامه في الهداية (قوله مقارنا) كنصف دار أو عبد (قوله أو طارئا) كأن يرهن الجميع ثم يتفاسخا في البعض أو يأذن الراهن للعدل أن يبيع الرهن كيف شاء فباع نصفه اه منح : وفي رواية عن أبي يوسف أن الطارئ لايضر ، والصحيح الأول كما في النهاية والدرر ، وسيذكر الشارح آخر الرهن لو استحق كله أو بعضه (قوله من شريكه أو غيره) لأن الشريك يمسكه يوما رهنا ويوما يستخدمه فيصير كأنه رهن يوما دون يوم : وأما إجارة المشاع فإنما جازت عنده من الشريك دون غيره لأن المستأجر لايتمكن من استيفاء مااقتضاه العقد إلا بالمهايأة ، وهذا المعنى لايوجد في الشريك أفاده الإتقاني أي لأن الشريك ينتفع به بلا مهايأة في المدة كلها بحكم العقد والملك بخلاف غيره (قوله يقسم أولا) بخلاف الهبة لأن المانع فيها غرامة القسمة أي أجرة القسام وهي فيما يحتمل القسمة لا فيما لايحتملها معراج (قوله والصحيح أنه فاسد) وقيل باطل لايتعلق به الضمان ، وليس بصحيح لأن الباطل منه مالم يكن مالا أو لم يكن المقابل به مضمونا ، وما نحن فيه ليس كذلك بناء على أن القبض شرط تمام العقد لاشرط جوازه اه عناية ، وسيأتي آخر الرهن ، وسيأتي أيضا هناك أن كل حكم عرف في الرهن الصحيح فهو الحكم في الرهن الفاسد لكنه مقيد بما إذا كان الرهن سابقا على الدين ويأتي بيانه إن شاء الله تعالى (قوله ما قبل البيع قبل الرهن) أي كل مايصح بيعه صح رهنه (قوله والمشغول) أي بحق الراهن كما قيده الشارح أول الرهن احترازا عن المشغول بملك غير الراهن فلا يمنع كما في حاشية الحموي عن العمادية :

أقول : وكذا يمنع المشغول بالراهن نفسه لما في الهداية : ويمنع التسليم كون الراهن أو متاعه في الدار المرهونة اه : قال في المعراج فإذا خرج منها يحتاج إلى تسليم جديد لأنه شاغل لها كشغلها بالمتاع ، وكذا متاعه في الوعاء المرهون يمنع التسليم : والحيلة أن يودع أولا مافيه عند المرتهن ثم يسلمه مارهن اه (قوله والمتصل بغيره) صفة لموصوف محذوف أي والشاغل المتصل بغيره كالبناء وحده أو النخل أو الثمر بدون الأرض أو الشجر كما سيذكره . واحترز به عن الشاغل المنفصل كما لو رهن مافي الدار أو الوعاء بدونهما وسلم الكل فإنه يجوز كما في الهداية والخانية فافهم . وأراد بالمتصل التابع لما في الهداية : رهن سرجا على دابة أو لجاما في رأسها ودفع الدابة مع السرج واللجام لايكون رهنا حتى ينزعه منها ثم يسلمه إليه لأنه من توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخيل حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر اه ، يعني لو رهن دابة عليها سرج أو لجام يدخل في الرهن معراج ، وبهذا ظهر أن تقييده المتصل فيما مر وفيما يأتي بقوله خلقة غير ظاهر فتدبر (قوله والمعلق عتقه بشرط قبل وجوده) كما إذا قال لعبده إن دخلت هذه الدار فأنت حر فإنه يصح بيعه لارهنه ، ولعله لأن حكم الرهن الحبس الدائم إلى الاستيفاء ، وحبس مثل هذا لايدوم لأنه قد يدخل الدار فيعتق فلا يمكن منه الاستيفاء اه ط :

أقول : وما ذكره الشارح نقله البيري عن شرح الأقطع ثم نقل عن روضة القضاة : لو علق عتق عبده بصفة ثم رهنه جاز خلافا للشافعي اه تأمل (قوله غير المدبر) شمل المطلق والمقيد حموي أي فكل منهما لايجوز رهنه وفيه نظر ، فقد ذكر الشارح في بابه أن المقيد يباع ويوهب ويرهن ، وصرح به أيضاً هناك الباقاني في شرح الملتقى ، وهو من علق عتقه بموت سيده لا مطلقا بل على صفة خاصة ، كإن مت من مرضي هذا أو في سفري أو نحوه ،

فيجوز بيعها لارهنها . وفيها : الحيلة فى جواز رهن المشاع أن يبيعه النصف بالخيار ، ثم يرهنه النصف ثم يفسخ البيع . قال المصنف : وفيه نظر ولعله مفرع على الضعيف فى الشيوع الطارئ .

قلت : بل ولا عليه ، لأنه بالخيار لا يخلو إما أن يبقى فى ملكه أو يعود لملكه . وعلى كل يكون رهن المشاع ابتداء كما بسطه فى تنوير البصائر فتنبه .

قلت : والحيلة الصحيحة ما فى حيل منية المفتى : أراد رهن نصف داره مشاعا ببيع نصفها من طالب الرهن ويقبض منه الثمن على أن المشترى بالخيار ويقبض الدار ثم ينقض البيع بحكم الخيار فتبقى فى يده بمنزلة الرهن بالثمن ، واعتمده ابن المصنف فى زواهر الجواهر ، وفيها الشيوع الثابت ضرورة لا يضر ، لما فى الولوالجية : ولو جاء بثوبين وقال خذ أحدهما رهنا والآخر بضاعة عندك ، فإن نصف كل منهما يصير رهنا بالدين ، لأن

ولينظر الفرق بين المعلق عتقه بشرط غير الموت على ما ذكره حيث لم يجز رهنه وبين المدبر المقيد حيث جاز (قوله فيجوز بيعها لارهنها) أى الأربعة المذكورة غير المدبر ، فإن المطلق لايجوز بيعه ولا رهنه ، والمقيد يجوزان فيه (قوله وفيها) أى فى الأشباه من الفن الخامس فى الحيـــل والمسألة مذكورة فى حيل الولوالجية آخر الكتاب (قوله أن يبيع منه) أى من المرتهن بثمن قدر الدين الذى يريد الرهن به (قوله ثم يفسخ البيع) أى بحكم الخيار (قوله قال المصنف) أى فى المنح آخر هذا الباب .

ونصه قلت : وعندى فى صحة هذه الحيلة نظر ظاهر ، لما تقرر سابقا من أن الصحيح أن الشيوع الطارئ مفسد كالمقارن : ويمكن أن تكون مفرعة على القول المقابل للصحيح ، وهو أن الشيوع الطارئ غير مفسد وفيه نظر اه والظاهر أنه أراد بالنظر الثانى ما ذكره الشارح بعد فافهم (قوله إما أن يبقى فى ملكه) أى ملك البائع فيما إذا كان الخيار له لأن خياره يمنع من خروج المبيع عن ملكه فيكون رهنه النصف فى مدة الخيار رهنا لبعض ملكه وهو رهن المشاع ابتداء فافهم (قوله أو يعود لملكه) أى البائع فيما إذا كان الخيار للمشترى ، لأن المبيع يخرج به عن ملك البائع ، ولا يملكه المشترى عنده ويملكه عندهما ، فعلى قولهما يكون رهن المشاع ابتداء من الشريك سواء فسخ البيع أو أجازه ، وعلى قوله إن أجازه دخل فى ملكه وإلا عاد إلى ملك البائع ، وعلى كل فرهنه النصف فى مدة الخيار يكون رهن مشاع ابتداء من الأجنبى ، وكان ينبغى للشارح أن يزيد أو يدخل فى ملك المشترى بعد قوله أو يعود لملكه (قوله كما بسطه فى تنوير البصائر) أى للشرف الغزى محشى الأشباه ، وحاصله مع الإيضاح ما قدمناه (قوله فتبقى فى يده بمنزلة الرهن بالثمن) فإن أصابها عيب ذهب من الدين بحسابه منح عن حيل الخصاف .

وحاصله أن هذا ليس رهنا حقيقة لا صحيحا ولا فاسدا ، إذ لم يوجد عقده وإنما هو بمنزلته لأن حبس الدار حتى يقبض الثمن ، كما إذا فسخ الإجارة فإن له حبس المأجور حتى يقبض الأجرة ، ولما كان له فى ذلك الحبس منفعة كان المحبوس مضمونا عليه بقيمته إذا هلك ، بخلاف الأمانات فإنها لا تضمن إلا بالاستهلاك ، وبخلاف الرهن الحقيقى فإنه مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين ، فقد ظهر بما قررناه وجه قوله بمنزلة الرهن أى بمنزلته من حيث ثبوت حق الحبس فقط لامن حيث أنه يضمن كضمان الرهن ، والدليل على ذلك وعلى أنه ليس كسائر الأمانات ما فى خيارات جامع الفصولين : باع أرضا بخيار وتقابضا فنقضه البائع فى المدة تبقى الأرض مضمونة بالقيمة على المشترى وله حبسها بثمن دفعه إلى البائع اه . وعليه فلو هلكت وقيمتها مثل الثمن الذى قبضه البائع سقط ، ولو أقل سقط منه بحسابه ، وهذا ما ظهر لى فافهم (قوله وفيها الخ) تأمله مع المسألة الآتية فى المتن آخر هـــذا الباب

أحدهما ليس بأولى من الآخر فيشيع الرهن فيهما بالضرورة فلا يضر (و) لا رهن (ثمرة على نخل دونه و) لا (زرع أرض أو نخل) أو بناء (بدونها وكذا عكسها) كرهن الشجر لا الثمر والأرض لا النخل. والأصل أن المرهون متى اتصل بغير المرهون خلقة لا يجوز لامتناع قبض المرهون وحده درر : وعن الإمام جواز رهن الأرض بلا شجر : ولو رهن الشجر بمواضعها أو الدار بما فيها جاز ملتقى لأنه اتصال مجاورة :

وفي القنية : رهن داراً والحيطان مشتركة بينه وبين الجيران صح في العرصة، ولا يضر اتصال السقف بالحيطان المشتركة لكونه تبعا (و) لا (رهن الحر والمدبر والمكاتب وأم الولد) والوقف :

ثم لما ذكر ما لا يجوز رهنه ذكر ما لا يجوز الرهن به فقال (و) لا (بالأمانات) كوديعة وأمانة (و) لا (بالدرك) خوف استحقاق المبيع فالرهن به باطل، بخلاف الكفالة

(قوله ليس بأولى) أى بكونه رهنا (قوله أو بناء) كعمارة قائمة في أرض وقف كما أفتى به في الحامدية أو في أرض سلطانية كما في التتارخانية (قوله بدونها) أى بدون الأرض (قوله كرهن الشجر لا الثمر) أى كرهن الشجر بمواضعها أو تبعا للأرض مع التنصيص على نفي الثمر ليكون الفساد من هذه الجهة فلو لم ينص دخل الثمر تبعا تصحيحا للعقد، بخلاف البيع لأن بيعه بدون الثمر جائز ولا ضرورة إلى إدخاله من غير ذكر وبخلاف المتاع في الدار حيث لا يدخل في رهن الدار من غير ذكر لأنه ليس بتابع بوجه وكذا يدخل الزرع والرطبة والبناء والغرس في رهن الأرض والدار والقرية لما ذكرنا كما في الهداية (قوله خلقة) المناسب حذفه كما فعل في الهداية وغيرها ليشمل البناء والسرج واللجام كما قدمناه (قوله وعن الإمام الخ) لأن الشجر اسم للنابت فيكون استثناء للأشجار بمواضعها، بخلاف رهن الدار دون البناء لأن البناء اسم للمبني فيصير راهنا جميع الأرض وهي مشغولة بملك الراهن هداية (قوله لأنه اتصال مجاورة) علة لجواز رهن الشجر بمواضعها : أى لأن اتصال الشجر ومواضعها القائمة فيها بباقي الأرض اتصال مجاورة لا اتصال تبعية كالبناء وسرج الدابة، ولا اتصال خلقة كالثمر فهو كرهن متاع في وعاء فلا يضر (قوله صح في العرصة) أى والسقف والحيطان الخاصة كما في القنية (قوله لكونه تبعا) مخالف لما قدمناه(١) عن الهداية في رهن السرج على الدابة، من أنه لا يجوز حتى ينزعه لأنه من توابعها فتأمل (قوله ولا رهن الحر الخ) لأنه لا يتحقق الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالية في الحر وقيام المانع في الباقين هداية (قوله والمدبر) أى المطلق كما قدمناه، وهو مستفاد من التعليل المذكور (قوله ولا بالأمانات) أى لا يصح أخذ الرهن بها لأن الضمان عبارة عن رد مثل الهالك إن كان مثليا، أو قيمته إن كان قيميا فالأمانة إن هلكت فلا شيء في مقابلتها، وإن استهلكت لا تبقى أمانة بل تكون مغصوبة حموي (قوله كوديعة وأمانة) الأصوب وعارية وكذا مال مضاربة وشركة كما في الهداية، ومر في باب التدبير أن شرط واقف الكتب أن لا تخرج إلا برهن شرط باطل لأنه أمانة، فإذا هلك لم يجب شيء. وذكر في الأشباه في بحث الدين أن وجوب اتباع شرطه وحمل الرهن على المعنى اللغوي غير بعيد (قوله ولا بالدرك) بالتحريك (قوله خوف استحقاق المبيع) تفسير لحاصل المعنى لأن الرهن إنما هو بالثمن وذلك بأن يخاف المشتري استحقاق المبيع فيأخذ من البائع رهنا بالثمن (قوله فالرهن به باطل) فيكون أمانة كما يأتي (قوله بخلاف الكفالة) أى بالدرك فإنها جائزة . والفرق أن الرهن للاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب، لأن ضمان الدرك هو الضمان عند استحقاق المبيع فلا يصح مضافا إلى حال وجوب

---

(١) (قوله مخالف لما قدمناه) فيه نظر ظاهر، فإن وجوب النزع هناك بكون عقد الرهن ورد على السرج وهو متصل فيجب النزع وفي مسألتنا العقد لم يرد على السقف قصدا بل تبعا للدار فلا يضره الاتصال للتبعية، وكم من شيء يصح ضمنا ولا يصح قصدا اه تأمل.

كما مر (و) لا بعين مضمونة بغيرها : أى بغير مثل أو قيمة مثل (المبيع فى يد البائع) فإنه مضمون بالثمن فإذا هلك ذهب بالثمن (و) لا (بالكفالة بالنفس و) لا (بالقصاص مطلقا) فى نفس ومادونها (بخلاف الجناية خطأ) لإمكان استيفاء الأرش من الرهن (ولا بالشفعة وبأجرة النائحة والمغنية وبالعبد الجانى أو المديون) وإذا لم يصح الرهن فى هذه الصور فللراهن أخذه ، فلو هلك عند المرتهن قبل الطلب هلك مجانا إذ لا حكم للباطل فبقى القبض بإذن المالك صدر الشريعة وابن كمال (و) لا (رهن خمر وارتهانها من مسلم (أو ذمى للمسلم) أى لا يجوز للمسلم أن يرهن خمرا أو يرتهنها من مسلم أو ذمى (ولا يضمن له) أى للمسلم (مرتهنها) حال كونه (ذميا ، وفى عكسه الضمان) لتقومها عندهم ولا عندنا :

الدين ، لأن الاستيفاء معاوضة وإضافة التمليك إلى المستقبل لا تجوز . أما الكفالة فهى لالتزام المطالبة لا لالتزام أصل الدين ، ولذا لوكفل بما يذوب له على فلان يجوز ، ولو رهن به لا يجوز كفاية ملخصا (قوله كما مر) أى فى كتاب الكفالة (قوله أى بغير مثل أو قيمة) لأنهما بمنزلة العين كما يأتى بيانه (قوله مثل المبيع) بأن اشترى عينا ولم يقبضها ثم أخذ بها رهنا من البائع فالرهن باطل ، لأنه لا يجب على البائع بهلاك المبيع شىء يستوفى من الرهن وإنما يبطل البيع ويسقط الثمن ، وتمامه فى الكفاية وغاية البيان والجوهرة والزيلعى ، هذا .

وفى القهستانى : وقال شيخ الإسلام : إنه فاسد ، لأن الرهن مال والبيع متقوم والفاسد يلحق بالصحيح فى الأحكام كما فى الكرمانى . وذكر فى المبسوط أنه جائز فيضمن بالأقل من قيمته ومن قيمة العين ، وبه أخذ الفقيه أبو سعيد البردعى وأبو الليث ، وعليه الفتوى كما فى الكرمانى وغيره اه (قوله ولا بالكفالة بالنفس) كأن كفل زيد بنفس عمرو على أنه إن لم يواف به إلى سنة فعليه الألف الذى عليه ثم أعطاه عمر وبالمال رهنا إلى سنة فهو باطل لأنه لم يجب المال على عمرو بعد ، وكذا لو قال : إن مات عمرو ولم يؤدك فهو على ثم أعطاه عمرو رهنا لم يجز ، وتمامه فى المنح عن الخانية (قوله ولا بالقصاص) لتعذر استيفائه من المرهون (قوله بخلاف الجناية خطأ) وبخلاف الدية وجراحة لا يستطاع فيها القصاص قضى بأرشها ، فلو أخذ به رهنا جاز اه درمنتقى (قوله ولا بالشفعة) أى لا يجوز أخذ الرهن من المشترى الذى وجب عليه تسليم المبيع من أجل الشفعة لأن المبيع غير مضمون عليه ط (قوله وبأجرة النائحة والمغنية) لبطلان الإجارة فلم يكن الرهن مضمونا إذ لا يقابله شىء مضمون (قوله وبالعبد الجانى أو المديون) لأنه غير مضمون على المولى ، لأنه لو هلك لا يجب عليه شىء منح (قوله قبل الطلب) مفهومه الضمان بعده ، وبه صرح فى جامع الفصولين حيث قال : الرهن بأمانة كوديعة باطل يهلك أمانة لو هلك قبل حبسه وضمن لو بعده (قوله ولا رهن خمر الخ) لأن المسلم لا يملك الإيفاء إذا كان هو الراهن ولا الاستيفاء إذا كان هو المرتهن ، وكذا الحكم فى الخنزير إتقانى .

أقول : والكلام الآن فيما لا يجوز الرهن به ، وماذكره هنا بيان أن الخمر لا يجوز رهنه فهو ليس مما نحن فيه فكان ينبغى تقديمه تأمل :

وقد ذكر مسألة الرهن به فى جامع الفصولين فقال : الرهن بخمر باطل فهو أمانة ، وهذا فى مسلمين ، وكذا لو كان المرتهن مسلما والراهن كافرا وصح بينهما لو كافرين اه لكن فى الجوهرة أن الرهن بالخمر والخنزير فاسد يتعلق به الضمان اه وقدمنا عن العناية أن الباطل مالم يكن مالا أو لم يكن المقابل به مضمونا فتأمل (قوله ولا يضمن له) كما لا يضمنها بالغصب منه لأنها ليست بمال فى حق المسلم منح (قوله وفى عكسه الضمان) أى إن كان الراهن ذميا والمرتهن مسلما يضمن الخمر للذمي ، كما إذا غصب منح : وظاهره أنها تضمن بلا تعد ضمان الرهن لأن الرهن هنا

(وصح) الرهن (بعين مضمونة بنفسها) أى بالمثل أو بالقيمة (كالمغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن عمد) اعلم أن الأعيان ثلاثة : عين غير مضمونة أصلا كالأمانات. وعين غير مضمونة ولكنها تشبه المضمونة كمبيع فى يد البائع . وعين مضمونة بنفسها كالمغصوب ونحوه وتمامه فى الدرر .

(و) صح (بالدين ولو موعوداً بأن رهن ليقرضه كذا) كألف مثلا، فلو دفع له البعض وامتنع لأجبر أشباه (فإذا هلك) هذا الرهن (فى يد المرتهن كان مضمونا عليه بما وعد) من الدين فيسلم الألف للراهن جبرا (إذا كان الدين مساويا للقيمة أو أقل، أما إذا كان أكثر فهو مضمون بالقيمة) هذا إذا سمى قدر الدين ، فإن لم يسمه بأن رهنه على أن يعطيه شيئا فهلك فى يده هل يضمن خلاف بين الإمامين مذكور فى البزازية وغيرها . والأصح أنه غير مضمون ، وقد تقدم أن المقبوض على سوم الرهن إذ لم يبين المقدار غير مضمون فى الأصح .

(و) صح (برأس مال السلم وبثمن الصرف والمسلم فيه ، فإن هلك) الرهن (في المجلس) تم الصرف والسلم

مال عند الذمى والمقابل به مضمون فهو رهن صحيح لا فاسد ولا باطل تأمل (قوله أى بالمثل أو بالقيمة) فسر النفس بهما باعتبار أنهما قائمان مقامها ، والمراد أنها مضمونة بالمثل لو مثلية ، وبالقيمة لو قيمية (قوله كالمغصوب الخ) أى كالعين المغصوبة أو المجعولة بدل خلع أو مهر أو صلح لأن الضمان متقرر ، فإنها إن كانت قائمة وجب تسليمها وإن هالكة وجب قيمتها فكان الرهن بها رهنا بما هو مضمون فيصح كما فى الهداية (قوله كالأمانات) أى ولا يصح الرهن بها ، وقد قدمنا وجهه عن الحموى (قوله وعين غير مضمونة) أى حقيقة لأنها إذا هلكت يهلك ملك البائع فلا يجب عليه شىء كما إذا هلكت الوديعة ، وقوله لكنها تشبه المضمونة باعتبار سقوط الثمن إن لم يقبض ورده إذا قبض ولذا سميت فيما مر مضمونة بغيرها ، وقدمنا أن الرهن بها باطل أو فاسد أو جائز (قوله فلو دفع له البعض) أى بعض ماوعده به وامتنع عن دفع الباقى لا يجبر عليه ، ولا يخفى أن هذا إن كان الرهن باقيا وإلا فحكمه مافى المتن (قوله فإذا هلك) أى قبل الإقراض بزازية (قوله للقيمة) أى قيمة الرهن يوم القبض (قوله فإن لم يسمه بأن رهنه الخ) كذا فى بعض النسخ ، وفى بعضها : فإن لم يسمه لم يكن مضمونا فى الأصح كما مر فى المقبوض على سوم الرهن بأن رهنه الخ . وعلى هذه النسخة كان ينبغى إسقاط قوله هل يضمن الخ لينتفى التكرار (قوله خلاف بين الإمامين) أى فى الضمان وعدمه ، وقدمناه أول كتاب الرهن عن القنية وأن الإمام وصاحبيه قالوا يعطيه المرتهن ماشاء ، وعليه مشى الزيلعى معللا بأنه بالهلاك صار مستوفيا شيئا فيكون بيانه إليه . والحاصل أن الرواية قد اختلفت (قوله والأصح أنه غير مضمون) أى الأصح من الروايتين كما قدمناه عن القنية (قوله وقد تقدم) أى متنا أول الرهن وهذا قد علم مما قبله ، لكن أراد أن ينبه على أن ماتقدم هو المراد هنا : أى أن المقبوض على سوم الرهن هو معنى الرهن بالدين الموعود وإنما الاختلاف فى التعبير ، ولذا قال فى البزازية والرهن بالدين الموعود مقبوض على سوم الرهن فافهم .

[تنبيه] الرهن الموعود لا يلزم الوفاء به وسيأتى قريبا فى قول المصنف باع عبدا الخ (قوله وصح برأس مال السلم الخ) صورة هذه المسائل أن يسلم مائة بطعام مثلا أو يبيع دينارا بدرهم ثم قبل القبض يدفع إلى المسلم إليه رهنا بالمائة أو يأخذ رهنا بالدرهم أو بالطعام . وصور الأولى بعضهم بأن يأخذ المسلم من المسلم إليه رهنا برأس المال الذى دفعه إليه . ويظهر لى أن الصواب ماصورته لأنه إذا هلك الرهن فى المجلس يصير المسلم مسترد الرأس المال فكيف يقال : إن العقد يتم بذلك ، وإن افترقا قبل الهلاك بطل تأمل (قوله فإن هلك الخ) بيان لفائدة الرهن بالأشياء المذكورة عينى . وأفاد القهستانى أن المراد هلاك الرهن برأس المال أو بثمن الصرف دون المسلم فيه لمنافاته لقوله بعده وإن افترقا الخ لأن المسلم فيه يصح مطلقا .

و (صار) المرتهن (مستوفيا) حكما خلافا للثلاثة (وإن افترقا قبل نقد وهلاك بطلا) أى السلم والصرف ، وأما المسلم فيه فيصح مطلقا ، فإن هلك الرهن ثم العقد وصار عوضا للمسلم فيه (ولو) لم يهلك ولكن (تفاسخا السلم ، وبالمسلم فيه رهن فهو رهن برأس المال) استحسانا لأنه بدله فقام مقامه (وإن هلك) الرهن (بعد الفسخ المذكور (هلك به) أى بالمسلم فيه فيلزم رب السلم دفع مثل المسلم فيه لبقاء الرهن حكما إلى أن يهلك .

(وللأب أن يرهن بدين) كائن (عليه عبدا لطفله) لأن له إيداعه ، فهذا أولى لهلاكه مضمونا والوديعة أمانة (والوصى كذلك) وقال أبو يوسف : لا يملكان ذلك ، ثم إذا هلك ضمنا قدر الدين للصغير لا الفضل لأنه أمانة ، وقال التمرتاشي : يضمن الوصى القيمة لأن للأب أن ينتفع بمال الصبى ، بخلاف الوصى ، لكن جزم فى الذخيرة وغيرها بالتسوية بينهما (وله) أى للأب (رهن ماله عند ولده الصغير بدين له) أى للصغير (عليه) أى على الأب (ويحبسه لأجله) أى لأجل الصغير (بخلاف الوصى) فإنه لا يملك ذلك سراجية (وكذا عكسه) فللأب رهن متاع طفله من نفسه ، لأنه لوفور شفقته جعل كشخصين وعبارتين كشرائه مال طفله ؛

أقول : ولهذا ذكر فى الدرر مسألة المسلم فيه مؤخرة وحدها (قوله وصار المرتهن مستوفيا) أى لرأس المال أو ثمن الصرف أو المسلم فيه اهـ ط عن الشمنى ، ومثله قول أبى السعود عن الحموى . والمراد بالمرتهن هو المسلم إليه فى الأولى وأحد عاقدى الصرف فى الثانية ورب المال فى الثالثة اهـ ملخصا .

أقول : لادخل للثالثة هنا كما علمت ثم إن تفسير المرتهن بالمسلم إليه فى الأولى مؤيد لما صورنا به المسألة سابقا.

هذا وأفاد القهستانى أن ماذكر من أنه صار مستوفيا إنما هو لو كانت قيمة الرهن مساوية لرأس المال وثمن الصرف ، فإن كانت أقل لم يصح إلا بقدره (قوله قبل نقد وهلاك) أى قبل نقد المرهون به وقبل هلاك الرهن (قوله بطلا) لعدم القبض حقيقة ولا حكما . قال فى الجوهرة : وعليه رد الرهن ، فإن هلك فى يده قبل الرد هلك برأس المال لأنه صار مستوفيا لرأس المال بهلاك الرهن بعد بطلان عقد السلم ولا ينقلب السلم جائزا (قوله فيصح مطلقا) أى ولو بعد الافتراق لأن قبضه لايجب فى المجلس زيلعى (قوله وصار عوضا للمسلم فيه) أى صار مستوفيا للمسلم فيه ويكون فى الزيادة أمينا ، وإن كانت قيمته أقل صار مستوفيا بقدرها جوهرة (قوله ولو لم يهلك) معطوف على قوله فى الشرح فإن هلك (قوله فقام مقامه) فصار كالمغصوب إذا هلك وبه رهن يكون رهنا بقيمته هداية (قوله هلك به) لأنه رهنه به ، وإن كان محبوسا بغيره كمن باع عبدا وسلم المبيع وأخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع له أن يحبسه لأخذ المبيع لأنه بدل الثمن ، ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لأنه مرهون به زيلعى (قوله فيلزم الخ) أى إذا هلك الرهن بالمسلم فيه فى مسألتنا يجب على رب السلم أن يدفع مثل المسلم فيه إلى المسلم إليه ويأخذ رأس المال لأن الرهن مضمون به ، وقد بقى حكم الرهن إلى أن يهلك فصار رب السلم بهلاك الرهن مستوفيا للمسلم فيه ، ولو استوفاه حقيقة ثم تقايلا أو استوفاه بعد الإقالة لزمه رد المستوفى وارتداد رأس المال فكذا هنا زيلعى (قوله بدين) أى لأجنبى (قوله عبدا) مفعول يرهن ، وقوله لطفله صفة له (قوله لهلاكه مضمونا) بيان للأولوية ، ولأن قيام المرتهن بحفظه أبلغ مخافة الغرامة هداية (قوله والوديعة أمانة) مبتدأ وخبر ، أى وقد علم أن الأمانة غير مضمونة (قوله وقال أبو يوسف) أى وزفر وقولهما قياس ، والأول الظاهر وهو الاستحسان هداية وزيلعى (قوله ثم إذا هلك) أى بناء على مافى المتن (قوله لاالفضل) أى لاالزائد على قدر الدين من قيمة الرهن لو كانت أكثر منه (قوله يضمن الوصى القيمة) أى جميعها وإن زادت ، وعليه اقتصر الشارح فيما يأتى فى باب التصرف فى الرهن (قوله وغيرها) كالمغنى والعناية والملتقى (قوله بالتسوية بينهما) هو القول الأول (قوله ويحبسه) أى يحبس الأب عنده الرهن (قوله وكذا عكسه الخ) أى إذا كان للأب دين على ابنه الصغير فللأب الخ ، وكذا

بخلاف الوصى لأنه وكيل محض فلا يتولى طرف العقد فى رهن ولا بيع ، وتمامه فى الزيلعى (و) صح (بثمن عبد أو خل أو ذكية إن ظهر العبد حراً والخل خمرا والذكية ميتة ، و) صح (ببدل صلح عن إنكار إن أقر) بعد ذلك (أن لا دين عليه) والأصل ما مر أن وجوب الدين ظاهرا يكفى لصحة الرهن والكفيل (و) صح (رهن الحجرين والمكيل والموزون ، فإن رهن) المذكور بخلاف جنسه هلك بقيمته وهو ظاهر ، وإن (بجنسه وهلك هلك بمثله) وزنا أو كيلا لا قيمة خلافا لهما (من الدين ، ولا عبرة بالجودة) عند المقابلة بالجنس . ثم إن تساويا فظاهر ، وإن الدين أزيد فالزائد فى ذمة الراهن ، وإن الرهن أزيد فالزائد أمانة درر وصدر شريعة .

لو كان الدين لابن آخر له صغير أو عبد تاجر للأب فله أن يرهن متاع طفله المديون عند ابنه الآخر أو عبده كما فى الهداية والملتقى (قوله بخلاف الوصى) أى لو كان له على الصغير دين فليس له رهن متاع الصغير من نفسه (قوله ولا بيع) هذا محمول على وصى القاضى .

قال المصنف فى باب الوصى : وإن باع أو اشترى من نفسه ، فإن كان وصى القاضى لايجوز مطلقا ؛ وإن كان وصى الأب جاز بشرط منفعة ظاهرة للصغير ، وبيع الأب مال الصغير من نفسه جائز بمثل القيمة وبما يتغابن فيه ط (قوله وتمامه فى الزيلعى) فقد أطال هنا فى التعليل وتفريع المسائل كالهداية والمنح .

وفى الملتقى : وإن استدان الوصى لليتيم فى كسوته وطعامه ورهن به متاعه صح ، وليس للطفل إذا بلغ نقض الرهن فى شىء من ذلك مالم يقض الدين (قوله وصح بثمن عبد الخ) أى فيضمن ضمان الرهن ، فإن هلك وقيمته مثل الدين أو أكثر يؤدى قدر الدين إلى الراهن ، وإن كانت أقل منه يؤدى القيمة إليه لأنه رهنه بدين واجب ظاهرا ابن كمال (قوله إن أقر) أى المرتهن ، وقوله بعد ذلك أى بعد الرهن .

وصورتها ادعى على آخر ألفا فأنكر فصالحه على خمسمائة وأعطاه رهنا يساوى خمسمائة فهلك عند المرتهن ، ثم تصادقا على أن لادين فعلى المرتهن قيمة الرهن معراج (قوله والأصل مامر) أى فى أول الرهن (قوله يكفى لصحة الرهن والكفيل) كذا فى المنح ، ولم أره فى غيرها . وعبارة النهاية وغيرها : يكفى لصحة الرهن ولصيرورته مضمونا ولعله أراد بالكفيل الكفيل بالغرامات فإن الكفالة بها صحيحة على ماجرى عليه المصنف فى كتاب الكفالة ، وأما حمله على الكفالة بثمن العبد وما بعده فغير ظاهر ، لما فى كفالة الذخيرة عن المنتقى : لو أقام الكفيل البينة على إقرار الطالب بأن المال ثمن خمر أو بيع فاسد تقبل ويبطل المال اه فليتأمل (قوله وصح رهن الحجرين) أى الذهب والفضة منح (قوله بخلاف جنسه) كالثياب مثلا (قوله هلك بقيمته) أى إذا هلك الرهن المذكور من الحجرين ونحوهما هلك بقيمته لابالوزن أو الكيل ، وعليه فتعتبر فيه الجودة لأنه مرهون ، بخلاف جنسه وهو الثياب مثلا ، وإنما لاتعتبر الجودة عند المقابلة بالجنس كما يأتى فافهم (قوله وإن بجنسه) كما إذا رهن فضة بفضة أو ذهبا بذهب أو حنطة بحنطة أو شعيرا بشعير (قوله وزنا أو كيلا) سواء قلت القيمة أو كثرت زيلعى (قوله لاقيمة خلافا لهما) فعندهما يضمن القيمة من خلاف الجنس وتكون رهنا مكانه ، ويملك المرتهن الهالك بالضمان عينى .

وتظهر ثمرة الخلاف إذا كانت القيمة أقل من الدين . أما لو كانت مثله أو أكثر فالجواب فيهما بالاتفاق لأن الاستيفاء عنده بالوزن ، وعندهما بالقيمة ، وهى مثل الدين فى الأول وزائدة عليه فى الثانى فيصير بقدر الدين مستوفيا والباقى أمانة كما فى الهداية (قوله ولا عبرة بالجودة الخ) لأنهما لاقيمة لها إذا قابلت الجنس لئلا يؤدى إلى الربا (قوله ثم إن تساويا) أى إن تساوى الرهن والمرهون به كيلا أو وزنا فظاهر : أى أنه يسقط

(باع عبدا على أن يرهن المشترى بالثمن شيئا بعينه أو يعطى كفيلا كذلك) بعينه (صح ، ولا يجبر) المشترى (على الوفاء) لما مر أنه غير لازم (وللبائع فسخه) لفوات الوصف المرغوب (إلا أن يدفع المشترى الثمن حالا) أو يدفع (قيمة الرهن) المشروط (رهنا) لحصول المقصود (وإن قال) المشترى (لبائعه) وقد أعطاه شيئا غير مبيعه (أمسك هذا حتى أعطيك الثمن فهو رهن) لتلفظه بما يفيد الرهن ، والعبرة للمعانى خلافا للثانى والثلاثة ، و (لو كان) ذلك الشيء الذى قال له المشترى أمسكه هو (المبيع) الذى اشتراه بعينه لو (بعدقبضه) لأنه حينئذ يصلح أن يكون رهنا بثمنه (ولو قبله لا) يكون رهنا لأنه محبوس بالثمن كما مر ؛

بقى لو كان المبيع مما يفسد بمكثه كلحم وجمد فأبطأ المشترى وخاف البائع تلفه جاز بيعه وشراؤه ، ولو باعه

الدين بلا نظر إلى القيمة ولا إلى الجودة عنده ، وهذا كله إذا هلك . وأما إذا انتقص بأن كان إبريق فضة فانكسر ففيه كلام آخر :

وحاصل صورهذه المسألة فى الهلاك والنقصان تبلغ ستاوعشرين صورة مبسوطة فى المطولات ، وقد أوضحها فى التبيين وغاية البيان (قوله أو يعطى كفيلا) أى حاضرا فى المجلس فقبل ، فلو لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا أو كان الكفيل غائبا حتى افترقا فسد العقد ؛ ولو حضر الكفيل وقبل أو اتفقا على تعيين الرهن أو نقد المشترى الثمن حالا جاز البيع وبعد المجلس لا يجوز زيلعى ملخصا (قوله ولا يجبر المشترى) أى على دفع الرهن . وأما الكفيل فقد علمت أن الشرط حضوره وقبوله فى المجلس فلا يتأتى فيه الامتناع والإجبار تأمل (قوله لما مر) أى أول الرهن أنه غير لازم بمجرد الإيجاب والقبول قبل القبض ، حتى لوعقد الرهن لايجبر على التسليم فلايجبر بمجرد الوعد بالأولى (قوله لفوات الوصف المرغوب) لأن الثمن الذى به رهن أوثق مما لارهن به فصار الرهن صفة للثمن وهو وصف مرغوب فله الخيار بفواته ، وتمامه فى غاية البيان (قوله لحصول المقصود) فإن المقصود من الرهن قيمته لاعينه (قوله وقد أعطاه) الضمير المستتر للمشترى والبارز للبائع (قوله شيئا غير مبيعه) الأولى حذفه ليحسن التعميم فى قول المصنف الآتى : ولو كان المبيع ، فإن لو فيه وصلية ، ولا يجمع بين ما بعدها وبين نقيضه ، فلا يقال أكرمك إن جئتنى ولو لم تجئنى (قوله لتلفظه بما يفيد الرهن) وهو الحبس إلى إيفاء الثمن (قوله والعبرة) أى فى العقود للمعانى ، ولهذا كانت الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة والحوالة بشرط عدم براءة الأصيل كفالة إتقانى (قوله خلافا للثانى والثلاثة) لأنه يحتمل الرهن والإيداع والثانى أقلهما فيقضى بثبوته ، بخلاف ما إذا قال أمسكه بدينك أو بمالك ، لأنه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن . قلنا لما مده إلى وقت الإعطاء علم أن مراده الرهن هداية (قوله ولو كان) لو هذه وصلية كما قدمناه وما بعدها شرطية (قوله لأنه حينئذ يصلح الخ) أى لتعين ملكه فيه ؛ حتى لو هلك يهلك على المشترى ولا ينفسخ العقد ط (قوله لأنه محبوس بالثمن) أى وضمانه يخالف ضمان الرهن فلا يكون مضمونا بضمانين مختلفين لاستحالة اجتماعهما ، حتى لو قال أمسك المبيع حتى أعطيك الثمن قبل القبض فهلك انفسخ البيع زيلعى (قوله كما مر) أى عند قول المصنف ولا بالمبيع فى يد البائع (قوله بقى لو كان المبيع) أى الذى جعله المشترى رهنا قبل قبضه ط : وظاهره أنه بعد القبض ليس كذلك :

أقول : وتقدم فى أول متفرقات البيوع : لو اشترى شيئا وغاب قبل القبض ولقد الثمن غيبة معروفة فأقام بائعه بينة أنه باعه منه لم يبع فى دينه ، وإن جهل مكانه بيع : أى باعه القاضى : وقال فى النهر هناك : ينبغى أن يقال إن خيف تلفه يجوز البيع علم مكانه أولا اه ولم يقيد بكونه جعله رهنا تأمل (قوله وجمد) بالتحريك : الثلج قاموس (قوله جاز بيعه) ظاهر ماقدمناه أن الذى يبيعه القاضى ويأتى التصريح به آخر الباب (قوله وشراؤه)

بأزيد تصدق به لأن فيه شبهة .

(رهن) رجل (عينا عند رجلين بدين لكل منهما صح وكله رهن من كل منهما) ولو غير شريكين (فإن تهايآ فكل واحد منهما فى نوبته كالعدل في حق الآخر) هذا لو مما لايتجزأ ، وإن مما يتجزأ فعلى كل حبس النصف فلو دفع له كله ضمن عنده خلافا لهما ، وأصله مسألة الوديعة زيلعى .

(ولو هلك ضمن كل حصته) لتجزئ الاستيفاء (فإن قضى دين أحدهما فكله رهن الآخر) لما مر أن كل العين رهن فى يد كل منهما بلا تفرق (وإن رهنا رجلا رهنا) واحداً (بدين عليهما صح بكل الدين ويمسكه إلى استيفاء كل الدين) إذ لا شيوع .

(ولو رهن عبدين بألف لا يأخذ أحدهما بقضاء حصته) لحبس الكل بكل الدين كالمبيع فى يد البائع

أى وجاز للمشترى شراؤه مع علمه بذلك (قوله تصدق به) أى بما زاد على الثمن الأول (قوله لأن فيه شبهة) أى شبهة مال الغير وهو المشترى الأول (قوله عند رجلين) أى وقبلا ، فلو قبل أحدهما دون الآخر لايصح ، كما لو قال رهنت النصف من ذا والنصف من ذا سائحانى عن المقدسى (قوله وكله رهن من كل منهما) أى يصير كله محبوسا بدين كل واحد منهما لأن نصفه يكون رهنا من هذا ونصفه من ذاك ابن كمال ، وهذا بخلاف الهبة لأن موجبها ثبوت الملك والشىء الواحد لايكون كله ملكا لكل واحد من رجلين على الكمال فى زمان واحد فدخله الشيوع ضرورة وحكم الرهن الحبس ، ويجوز كون العين الواحدة محبوسة بحق كل منهما على الكمال ، وتمامه فى الكفاية (قوله ولو غير شريكين) أى فى الدين ، ولو كان من جنسين مختلفين بأن يكون دين أحدهما دراهم ودين الآخر دنانير عناية (قوله ضمن عنده) أى ضمن الدافع ضمان الغصب ط (قوله وأصله مسألة الوديعة) أى إذا أودع عند رجلين شيئا يقبل القسمة فدفع أحدهما كله إلى الآخر فإن الدافع يضمن عنده خلافا لهما زيلعى (قوله ضمن كل حصته) كل فاعل ضمن وحصته مفعوله .

قال ط عن المكى : صورته كما فى البناية أن يكون لأحدهما عشرة على الراهن وللآخر خمسة عليه والرهن ثلاثون درهما فهلك عشرون من الرهن فتبقى العشرة فى يدهما أثلاثا ويسقط من صاحب العشرة ثلثاه ومن صاحب الخمسة ثلثاه ، فيكون على الراهن لصاحب العشرة ثلث العشرة وهى ثلاثة وثلث ولصاحب الخمسة ثلث الخمسة وهو درهم وثلثا درهم اه (قوله لتجزئ الاستيفاء) أى لأن الاستيفاء يقبل التجزئ (قوله فإن قضى الخ) الأصوب تقديمه على قوله ولو هلك الخ كما فعل ابن الكمال ليفيد أن كلا منهما يضمن حصته ؛ ولو قضى الراهن دين أحدهما لما فى النهاية عن المبسوط : لو هلك الرهن فى يد الثانى يسترد الراهن ماقضاه إلى الأول من الدين لأن ارتهان كل منهما باق مالم يصل الرهن إلى الراهن ، لما مر أن كلا منهما فى نوبته كالعدل فى نوبة الآخر (قوله لما مر) أى قريبا فى قول المصنف : وكله رهن من كل منهما (قوله بلا تفرق) أى بلا تجزئ فلا يكون له استرداد شئ منه مادام شىء من الدين باقيا كما لو كان المرتهن واحدا (قوله رهنا واحدا) يعنى صفقة واحدة ، لقول الكرخى وهو عبد أو عبدان فليس المراد توحد المرهون بل توحد الرهن أى العقد (قوله بدين عليهما) سواء كان فى صفقة واحدة أو كان على كل واحد منهما دين على حدة إتقانى عن الكرخى (قوله ويمسكه الخ) أى فلو أدى أحدهما ماعليه لم يكن له أن يقبض من الرهن شيئا لأن فيه تفريق الصفقة على المرتهن فى الإمساك إتقانى (قوله إذ لاشيوع) الظاهر أنه علة لقوله صح قال الإتقانى : وذلك لأن رهن الاثنين من الواحد يحصل به القبض من غير إشاعة فصار كرهن الواحد من الواحد (قوله لحبس الكل بكل الدين) فيكون محبوسا بكل جزء من أجزائه مبالغة فى حمله على قضاء الدين هداية ، إذ لو أمكن الراهن أخذ مايحتاج إليه يتكاسل فى قضاء الباقى (قوله كالمبيع الخ)

(فإن سمى لكل واحد منهما شيئا من الدين له أن يقبض أحدهما إذا أدى ما سمى له بخلاف البيع) لتعدد العقد بتفصيل الثمن فى الرهن لا البيع هو الأصح (وبطل بينه كل منهما) أى من رجلين (على رجل أنه) أى أن كل واحد (رهنه هذا الشىء) كعبد مثلا عنده (وقبضه) لاستحالة كون كله رهنا لهذا وكله رهنا لذاك فى آن واحد ولا يمكن تنصيفه للزوم الشيوع

فإن المشترى إذ أدى حصة بعض المبيع من الثمن لايتمكن من أخذه (قوله فإن سمى الخ) بأن قال رهنتك هذين العبدين كل واحد منهما بخمسمائة وسلمهما إليه ثم نقد خمسمائة وقال أديت عن هذا العبد وأراد أخذه فى رواية الأصل ليس له ذلك وفى رواية الزيادات له ذلك كفاية ، فلو قال أحدهما بعشرين والآخر بالباقى ولم يبين هذا من هذا لم يجز الرهن لأنها جهالة تفضى إلى المنازعة عند هلاك أحدهما أو استرداده كما أفاده الإتقانى عن كافى الحاكم (قوله لتعدد العقد لتفصيل الثمن) الأصوب إبدال الثمن بنحو البدل لأن المفصل فى الرهن هو الدين (قوله فى الرهن لا البيع) لأن قبول العقد فى أحد المرهونين لايكون شرطا لصحة العقد فى الآخر ، حتى إذا قبل فى أحدهما صح فيه بخلاف البيع ، لأن العقد فيه لايتعدد بتفصيل الثمن ، ولهذا لوقبل البيع فى أحدهما دون الآخر بطل البيع فى الكل ، لأن البائع يتضرر بتفريق الصفقة عليه ، لأن العادة قد جرت بضم الردىء إلى الجيد فى البيع فيلحقه الضرر بالتفريق زيلعى (قوله هو الأصح) أى الفرق بين ما إذا سمى لكل من المرهونين شيئا وبين ما إذا لم يسم هو الأصح كما فى التبيين والكفاية وهو روايات الزيادات (قوله وبطل بينة كل منهما الخ) هذه مسألة مستقلة لاتعلق لها بما سبق درر ، فقوله فى العناية إنها من شعب قوله رهنا رجلا فيه نظر ، لأن الرجلين هنا يدعيان أنهما مرتهنان وأن الرجل راهن ، وبه صرح فى المعراج بقوله فالحاصل أن المرتهن اثنان والراهن واحد اه فتنبه .

ثم أعلم أن هذه المسألة على وجهين ، لأن الدعوى إما فى حياة الراهن أولا ؛ والأول على ثلاثة أوجه ، لأن الرهن إما فى يد أحد المدعيين فيقضى به له وإن أرخ الآخر لأن اليد لاتنقض بالتاريخ لاحتمال سبقه على التاريخ إلا إذا أثبت الآخر أن عقده قبل قبضه ، وإما أن يكون فى أيديهما أو فى يد الراهن وفيهما إن أرخا وأحدهما أسبق يقضى له ، وكذا إن أرخ أحدهما ، وإن لم يؤرخا أو أرخا على السواء بطل ، والثانى على ثلاثة أوجه أيضا ؛ وفيها كلها إن أرخا وأحدهما أسبق قضى له ، وإن لم يؤرخا أو أرخا على السواء ، فإن كان الرهن فى أيديهما أو فى يد الراهن نصف بينهما استحسانا وبه أخذ أبو حنيفة اه ملخصا من غاية البيان والتاترخانية (قوله أى أن كل واحد) تبع فيه المصنف فى منحه : قال ح : صوابه رجوع ضمير أنه والمستتر فى رهنه للرجل والبارز لكل واحد منهما اه أى لأن الرجلين مرتهنان لاراهنان كما علمت .

وأقول : يوهم أن حل الشارح خطأ وليس كذلك ، نعم لو أرجع المستتر فى رهنه لكل واحد كان خطأ أما ضمير أنه فلا فرق فى صحة المعنى بين إرجاعه للرجل أو لكل واحد إلا أن الأول أظهر فتدبر (قوله رهنه هذا الشىء عنده) أقول : الصواب حذف الضمير أو حذف عنده لأن فيه الجمع بين تعدية رهن إلى مفعوله الآخر بنفسه وبالظرف معا ، وقدمنا أنه يقال رهنت الرجل شيئا ورهنته عنده فتنبه (قوله لاستحالة كون كله رهنا لهذا وكله رهنا لذاك) أى على الإنفراد بعقدين ، بأن ينفرد كل منهما بحبسه ولا حق فيه لصاحبه ، بخلاف المسألة السابقة فى قوله رهن عينا عند رجلين ، واللام فى قوله لهذا ولذاك للتعليل تأمل (قوله ولا يمكن تنصيفه الخ) وكذا لايمكن القضاء بكله لأحدهما بعينه لعدم الأولوية ، ولايمكن أن يجعل كأنهما ارتهناه معا حين جهالة التاريخ

فتهاترتا وحينئذ فتهلك أمانة إذ الباطل لاحكم له هذا (إن لم يؤرّخا ، فإن أرّخا كان صاحب التاريخ الأقدم أولى وكذا إذا كان) الرهن (فى يد أحدهما كان) ذو اليد (أحق) لقرينة سبقه :

(ولو مات راهنه) أى راهن العبد مثلا (و) الحال أن (الرهن معهما) أى فى أيديهما (أولا) أى أو ليس العبد معهما فإن الحكم واحد زيلعى (فبرهن كل كذلك) كما وصفنا (كان فى يد كل واحد منهما نصفه) أى العبد (رهنا بحقه) استحسانا لانقلابه بالموت استيفاء والشائع يقبله :

(أخذ عمامة المديون لتكون رهنا عنده لم تكن رهنا) وإذا هلكت تهلك هلاك المرهون : قال : وهذا ظاهر إذا رضى المطلوب بتركه رهنا عمادية ، ومفاده أنه إن رضى بتركه كان رهنا وإلا لا ، وعليه يحمل إطلاق السراجية وغيرها كما أفاده المصنف : وفى المجتبى لرب المال مسك مال المديون

لأن كلا منهما أثبت ببينته رهن الكل فيكون القضاء بخلاف الدعوى ، أفاده فى الهداية (قوله فتهاترتا) أى تساقطت البينتان لتعذر العمل بهما ، وهذا قياس والاستحسان التنصيف بينهما ؛ فهذه من المسائل التى رجح فيها القياس على الاستحسان (قوله هذا إن لم يؤرخا) وكذا إن أرخا و تاريخهما سواء إتقانى (قوله كان صاحب التاريخ الأقدم أولى) لأنه أثبت العقد فى وقت لاينازعه فيه صاحبه ، وكذلك إن أرخ أحدهما فقط لظهور العقد فى حقه من وقت التاريخ وفى حق الآخر للحال إتقانى (قوله وكذا إذا كان الرهن فى يد أحدهما) أفاد أن مامر مفروض فيما إذا كان فى يد الراهن أو فى أيديهما (قوله كان ذو اليد أحق) أى سواء أرخ الآخر أو لم يؤرخ كما قدمناه (قوله لقرينة سبقه) أى لأن تمكنه من القبض دليل سبق عقده فهو أولى نهاية (قوله ولو مات راهنه) أفاد أن مامر مفروض فيما إذا كانت الدعوى فى حياة الراهن (قوله أى راهن العبد مثلا) الأولى : أى راهن الشىء لأنه المذكور فى المتن (قوله زيلعى) حيث قال وقوله : أى قول الكنز والعبد فى أيديهما وقع اتفاقا ، حتى لو لم يكن العبد فى أيديهما وأثبت كل واحد فيه الرهن والقبض كان الحكم كذلك ، ولهذا لم يذكر اليد فى المسألة الأولى اهـ وفيه نظر لأنه للاحتراز عما لو كان فى يد أحدهما فإنه يقضى به لذى اليد كما فى حالة الحياة كما نقله أبو السعود عن شرح باكير على الكنز وعن الشلبى ونقله ط عن الكشف (قوله فبرهن كل الخ) أى ولم يؤرخا أو أرخا على السواء أمالو أحدهما أسبق قضى له كماقدمناه ، وبقى مالو أرخ أحدهما وقياس مامر أنه لوكان الآخر ذايد وحده قضى له وإلا فللمؤرخ ، هذا ماظهر لى تأمل (قوله كما وصفنا) أى فى صدر المسألة بأن برهن كل أن الرجل رهنه هذا الشىء (قوله نصفه) اسم كان ورهنا خبرها وفى يد متعلق به أو بمحذوف ورهنا تمييز تأمل (قوله لانقلابه الخ) بيان للفرق بين المسألتين حيث أخذ فى الأولى بالقياس وفى هذه بالاستحسان . قال الزيلعى : وفى القياس هذا باطل وهو قول أبى يوسف . ووجه الاستحسان أن العقد لايراد لذاته بل لحكمه وحكمه فى حالة الحياة الحبس والشائع لايقبله وبعد الموت الاستيفاء بالبيع من ثمنه والشائع يقبله اهـ ملخصا (قوله قال) أى فى العمادية (قوله وهذا) أى قوله تهلك هلاك المرهون (قوله ظاهر إذا رضى) ويؤيد هذا ما فى الخلاصة عن فتاوى النسفى : هذا مستقيم إذا أمكنه استردادها فتركها ، أما إذا تركها لعجزه ففيه نظر اهـ : والظاهر أنه محمل مافى البزازية عن العتابى : تقاضى دينه فلم يقضه فرفع العمامة عن رأسه رهنا وأعطاه منديلا يلفه على رأسه فالعمامة رهن لأن الغريم بتركها عنده رضى بكونها رهنا اهـ (قوله ومفاده الخ) تطويل من غير فائدة ، ولو قال : ومفاده أنه لو لم يرض بذلك يهلك هلاك الغصب لكان أوضح ط (قوله وعليه) أى على مااستفيد من قوله وإلا لا ، وهو أنه يهلك هلاك الغصب يحمل إطلاق السراجية : ونصها : إذا أخذ عمامة المديون بغير رضاه لتكون رهنا عنده لم تكن رهنا بل غصبا اهـ فقوله بل غصبا دل على أنه تركها بلا رضاه (قوله لرب المال مسك مال المديون)

رهنا بلا إذنه ، وقيل إذا أيس فله أخذه مكان حقه قضاء عن دينه وأقره المصنف :

(دفع ثوبين فقال خذ أيهما شئت رهنا بكذا فأخذهما لم يكن واحد منهما رهنا قبل أن يختار أحدهما) سراجية :

[فروع] غصب الرهن كهلاكه إلا إذا غصب فى حال انتفاع مرتهن بإذن راهن أمره بدفعه للدلال فدفع فهلك لم يضمن :

حمامى وضع المصحف الرهن فى صندوقه ووضع عليه قصعة ماء للشرب فانصب الماء على المصحف فهلك

عبارة المجتبى أن يمسك وهى أولى إلا أن يثبت مجيء الفعل مجردا متعديا بنفسه : وفى القاموس : مسك به وأمسك وتماسك وتمسك واستمسك : احتبس ، واعتصم به وأمسكه : حبسه وعن الكلام سكت اهـ تأمل (قوله رهنا بلا إذنه) ظاهره أنه يهلك هلاك الرهن ، وفيه نظر إذ شرط الرهن كونه على وجه التبرع كما قدمناه . وفى البزازية : صاحب الدين ظفر بغير جنس حقه من مال مديونه لا يحبسه رهنا إلا برضا مديونه اهـ فتأمل :

[فرع] رجل دخل خانا فقال له صاحب الخان لا أدعك تنزل ما لم تعطنى رهنا فدفع إليه ثيابه فهلكت عنده ، إن رهنها بأجر البيت فالرهن بما فيه ، وإن أخذ منه لأجل أنه سارق أو خفى عليه فإنه يضمن : قال أبو الليث : وعندى لا ضمان فى الوجهين لأنه غير مكره فى الدفع خلاصة (قوله وقيل إذا أيس الخ) كذا عبر فى المنح : وظاهره أنه من غير جنس حقه ، وإلا فلو من جنسه فله أخذ قدر حقه منه بلا كلام ولا وجه لحكايته بقيل : على أنا قدمنا فى كتاب الحجر عن المقدسى عن بعضهم أن الفتوى اليوم على جواز الأخذ مطلقا (قوله وأقره المصنف) فيه أن ما ذكره المصنف من التوفيق يفيد اشتراط الرضا فلم يكن معرّجا على ما فى المجتبى (قوله لم يكن واحد منهما رهنا) فلا يذهب شيء من الدين بمنزلة رجل عليه عشرون درهما فدفع إلى الطالب مائة وقال خذ منها عشرين فضاعت قبل الأخذ فإنها من مال الدافع والدين على حاله تاترخانية عن المنتقى عن محمد . زاد فى الخانية : لو دفع إليه ثوبين وقال خذ أحدهما رهنا بدينك فأخذهما وقيمتهما على السواء : قال محمد : يذهب نصف قيمة كل واحد منهما بالدين إن كان مثل الدين اهـ وهذا موافق لما قدمه الشارح أول الباب عن الزواهر ، وقال : إن الشيوع الثابت ضرورة لا يضر ، ولينظر وجه الفرق بين المسألتين ، ولعله هو أن فى الأولى إنما جعل الرهن ما تقع عليه مشيئة المرتهن ، فإذا اختار أحد الثوبين فقد تعين ، وقبل ذلك لم يصر أحدهما رهنا ، فيبقى كل منهما عنده أمانة . وأما فى الثانية فقد جعل أحدهما رهنا فى الحال بلا خيار لكنه أبهمه وليس أحدهما أولى من الآخر فصار نصف كل منهما رهنا ، هذا ما ظهر لى والله تعالى أعلم ، لكن قال فى الخانية بعد صفحة رجل رهن عند رجل ثوبين على عشرة دراهم وقال أحدهما رهن لك بعشرتك أو قال خذ أيهما شئت رهنا بدينك : قال أبو يوسف : هو باطل ، فإن ضاعا جميعا لم يكن عليه شيء ودينه على حاله اهـ ومثله فى الظهيرية فعند أبى يوسف لا فرق بين المسألتين والتفرقة بينهما قول محمد (قوله قبل أن يختار أحدهما) لأنه إنما يصير رهنا إذا اختاره ، أما قبله فلا ولوالجية ، وهو مؤيد لما قدمناه من الفرق ، فإذا اختار أحدهما صار مضمونا عليه دون الآخر (قوله غصب الرهن) أى إذا غصبه أحد من المرتهن كان كهلاكه فيضمن بالأقل ، ولا يخفى أنه لو غصبه المرتهن بأن ركب الدابة أو استخدم العبد أو لبس الثوب بلا إذن فهلك كان مستهلكا فيضمن قيمته بالغة ما بلغت (قوله إلا إذا غصب الخ) لأنه فى حال الانتفاع مستعير فبطل حكم الرهن ، فإذا غصب منه أو هلك فى تلك الحالة لم يسقط شيء من الدين ، فإذا فرغ من الانتفاع عاد رهنا مضمونا كما قدمناه سابقا ، ويأتى فى باب التصرف فى الرهن (قوله أمره) أي أمر الراهن المرتهن (قوله لم يضمن) أى المرتهن لأنه هلك فى يد الراهن حكما

ضمن ضمان الرهن لا الزيادة ، والمودع لا يضمن شيئا قنية :
الأجل فى الرهن يفسده :
سلطه ببيع الرهن ومات للمرتهن بيعه بلا محضر وارثه :
غاب الراهن غيبة منقطعة فرفع المرتهن أمره للقاضى ليبيعه بدينه ينبغى أن يجوز :
ولو مات ولا يعلم له وارث فباع القاضى داره جاز ، كذا فى متفرقات بيوع النهر :
وفى الذخيرة : ليس للمرتهن بيع ثمرة الرهن وإن خاف تلفها لأن له ولاية الحبس لا البيع ويمكن رفعه إلى القاضى ، حتى لو كان فى موضع لا يمكنه الرفع للقاضى ، أو كان بحال يفسد قبل أن يرفع جاز له أن يبيعه ، والله تعالى أعلم :

باب الرهن يوضع على يد عدل

سمى به لعدالته فى زعم الراهن والمرتهن

(قوله ضمن ضمان الرهن) لأن قبضه مضمون بخلاف المودع ، وقوله لا الزيادة لأنه غير متعد لجريان العادة بأن الحمامى يحفظ فى صندوقه ويضع قصعة الماء عليه ، بخلاف ما لو تعدى بأن أراقه قصدا فيضمن الزيادة (قوله والمودع لا يضمن شيئا) لما قلنا (قوله الأجل فى الرهن يفسده) لأن حكمه الحبس الدائم والتأجيل ينافيه ، بخلاف تأجيل دين الرهن حموى عن القنية : فإذا هلك يضمن ضمان الرهن لأن الفاسد منه كالصحيح على ما يأتى بيانه إن شاء الله تعالى (قوله سلطه ببيع الرهن) الأولى على بيعه كأنه ضمنه معنى أمر فعداه بالباء (قوله للمرتهن بيعه) فليس للوارث نقض البيع لأنه تعلق به حق المرتهن فلا يقال إنه وكالة تبطل بالموت ، ويأتى تمامه فى الباب بعده (قوله ينبغى أن يجوز) كذا فى العمادية ثم قال : وهذه المسألة كانت واقعة الفتوى اه : وجزم فى الأشباه بعدم الجواز : واستدرك عليه البيرى فى البزازية عن المنية : للمرتهن بيع الرهن بإجازة الحاكم وأخذ دينه إذا كان الراهن غائبا لا يعرف موته ولا حياته اه :

أقول : يمكن حمل ما فى الأشباه على ما إذا لم تكن الغيبة منقطعة وإن كان أطلق الغيبة تأمل : بقى ما إذا كان حاضرا وامتنع عن بيعه :

وفى الولوالجية : يجبر على بيعه ، فإذا امتنع باعه القاضى أو أمينه للمرتهن وأوفاه حقه والعهدة على الراهن اه ملخصا ، وبه أفتى فى الحامدية ، وحرر فى الخيرية أنه يجبره على بيعه وإن كان دارا ليس له غيرها يسكنها لتعلق حق المرتهن بها بخلاف المفلس (قوله ليس للمرتهن بيع ثمرة الرهن الخ) أى إذا لم يبحها له الراهن : وفى البيرى عن الولوالجية : ويبيع ماخاف عليه الفساد بإذن الحاكم ويكون رهنا فى يده لأن إمساكه ليس من الهلاك ، وإن باعه بغير أمره ضمن لأن ولاية البيع نظرا للمالك لا تثبت إلا للحاكم اه :

قال البيرى : أقول يؤخذ من هذا جواز بيع الدار المرهونة إذا تداعت للخراب وكانت واقعة الفتوى اه والله تعالى أعلم :

باب الرهن يوضع على يد عدل

لما أنهى القول فى الأحكام الراجعة إلى نفس الراهن والمرتهن ذكر ما يرجع إلى نائبهما وهو العدل والنائب بعد الأصل ، والمراد به هنا من رضيا بوضع الرهن فى يده سواء رضيا ببيعه أم لا كما أفاده سعدى فافهم ،

(إذا وضعا الرهن على يد عدل صح ويتم بقبضه ولا يأخذه أحدهما منه ، وضمن لو دفع إلى أحدهما) لتعلق حقهما به ، فلو دفعه فتلف ضمن لتعديه وأخذا منه قيمته وجعلها عنده أو عند غيره ، وليس للعدل جعلها رهنا فى يده لئلا يصير قاضيا ومقضيا ، وهل للعدل الرجوع مبسوط فى المطولات :

(وإذا هلك يهلك من ضمان المرتهن ، فإن وكل) الراهن (المرتهن أو) وكل (العدل أو غيرهما ببيعه عند حلول الأجل صح) توكيله (او) الوكيل (أهلا لذلك) أى للبيع (عند التوكيل وإلا) يكن أهلا لذلك عند التوكيل (لا) تصح الوكالة وحينئذ (فلو وكل ببيعه صغيرا) لا يعقل (فباعه بعد بلوغه لم يصح) خلافا لهما (فإن شرطت) الوكالة (فى عقد الرهن لم ينعزل بعزله

وباب خبر مبتدأ محذوف : أى هذا ، وأل فى الرهن للجنس والجملة بعده صفة أو حال لصحة الاستغناء عن المضاف والعامل فيها المبتدأ لما فيه من معنى أشير (قوله على يد عدل) بأن شرط فى عقد الرهن ذلك خانية (قوله صح ويتم بقبضه) أى صح الرهن ويتم ويلزم بقبض العدل ، لأن يده فى حق المالية يد المرتهن ، ولذا لو هلك كان فى ضمان المرتهن كما يأتى : وفى الخانية : لو سلط العدل على بيعه إذا حل الأجل فلم يقبض العدل الرهن حتى حل الدين فالرهن باطل والوكالة بالبيع باقية اهـ (قوله ولا يأخذه أحدهما) ولو لم يشترط الوضع فوضع جاز أخذه كما أشير إليه فى الاختيار قهستانى (قوله وضمن الخ) لم يوجد متنا فى شرح المصنف ، وإنما ذكره شرحا بعد قوله وإذا هلك الخ (قوله لتعلق حقهما به) فحق الراهن بالعين والمرتهن بالمالية ، فهو مودع لهما وأحدهما أجنبى عن الآخر فليس له أخذه ولا للعدل دفعه إليه ، فإن المودع يضمن بالدفع إلى الأجنبى (قوله وأخذا منه قيمته الخ) فإن تعذر اجتماعهما رفع أحدهما الأمر إلى القاضى ليفعل ذلك زيلعى (قوله لئلا يصير قاضيا ومقضيا) الذى فى الهداية والمنح ومقتضيا لأنه يقال قضاه الدين وأعطاه واقتضى دينه وتقاضاه قبضه .

وحاصله أن القيمة وجبت فى ذمته ، فلو جعلها رهنا فى يد نفسه صار قاضيا ماوجب عليه ومقتضيا له وبينهما تناف (قوله مبسوط فى المطولات) أى جوابه مبسوط فيها كالزيلعى وشروح الهداية :

بيانه أنه إذا جعلت القيمة رهنا برأيهما أو برأى القاضى عند العدل الأول أو عند غيره ثم قضى الراهن الدين فإن كان العدل ضمن القيمة بسبب دفعه المرهون إلى الراهن فالقيمة للعدل يأخذها ممن هى عنده لوصول المرهون إلى الراهن بالتسليم الأول إليه ووصول الدين إلى المرتهن بدفع الراهن إليه ، ولو كانت القيمة للراهن لزم اجتماع البدل والمبدل منه فى ملك واحد ، وإن كان العدل ضمن بسبب الدفع إلى المرتهن فالقيمة للراهن يأخذها ممن هى عنده لقيامها مقام العين المرهونة ، ولا جمع فيه بين البدلين فى ملك واحد لأن العين لم تصل إلى يد الراهن وقد ملكها العدل بالضمان ، ثم إذا ضمن العدل بالدفع إلى المرتهن هل يرجع العدل على المرتهن ، ينظر إن دفع العين إليه عارية أو وديعة لا يرجع إلا إذا استهلكها المرتهن لأن العدل ملكها بأداء الضمان وتبين أنه أعار أو أودع ملك نفسه ، ولا يضمن المودع أو المستعير إلا بالتعدى ، وإن دفعها إليه رهنا بحقه بأن قال خذه بحقك أو احبسه به رجع العدل عليه سواء هلك أو استهلكه لدفعه على وجه الضمان (قوله وإذا هلك) أى فى يد العدل أو يد امرأته أو ولده أو خادمه أو أجيره قهستانى (قوله عند حلول الأجل) أو مطلقا كما فى القهستانى والدر المنتقى : وفى الخانية : فلو لم يقل عند حلول الأجل فللعدل بيعه قبله (قوله صح توكيله) أى ولو لم يقبض العدل الرهن حتى حل الأجل وإن بطل الرهن كما مر قوله فإن شرطت الوكالة أفاد أن الرضا ببيعه ليس بلازم فى العدل كما قدمناه عن سعدى (قوله لم ينعزل بعزله) أى بعزل الراهن إلا إذا رضى المرتهن بذلك إتقانى وأطلق فى العزل فشمل

و) لا (بموت الراهن و) لا (المرتهن) للزومها بلزوم العقد ، فهى تخالف الوكالة المفردة من وجوه : أحدها هذا (و) الثانى أن الوكيل هنا (يجبر على البيع عند الامتناع) وكذا لو شرطت بعد الرهن فى الأصح زيلعى على خلاف ظاهر الرواية وإن صححها قاضيخان وغيره على ما نقله القهستانى وغيره فتنبه ، بخلاف الوكالة المفردة (و) الثالث أنه (يملك بيع الولد والأرش و) الرابع (إذا باع بخلاف جنس الدين كان له أن يصرفه إلى جنسه) أى الدين ، بخلاف الوكالة المفردة (و) الخامس (إذا كان عبدا وقتله عبد خطأ فدفع

ما لو وكله بالبيع مطلقا ثم نهاه عن البيع بالنسيئة لم يعمل نهيه لأنه لازم بأصله فكذا بوصفه كما فى الهداية (قوله ولا بموت الراهن) أى لا ينعزل بالعزل الحكمى كموت الموكل وارتداده ولحوقه بدار الحرب ، لأن الرهن لا يبطل بموته لتقدم حق المرتهن على حق الورثة زيلعى (قوله ولا المرتهن) إلا أن يكون وكيلا ط ، وسيأتى فى قوله وتبطل بموت الوكيل مطلقا (قوله للزومها بلزوم العقد) لأنها لما شرطت فى ضمن عقد الرهن صارت وصفا من أوصافه وحقا من حقوقه ، ألا ترى أن عقد الوكالة لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم أصله ، وتمامه فى الهداية (قوله فهى تخالف الوكالة المفردة) أى التى لم تذكر فى ضمن عقد الرهن . ويستثنى الوكالة بالخصومة بطلب المدعى إذا غاب الموكل ، وكذا لو خاف من له الخيار أن يغيب الآخر فيأخذ وكيلا ليرد عليه فلا ينعزل بعزله أفاده الرحمتى ، وكذا الوكيل بالأمر باليد كما مر فى باب عزل الوكيل (قوله من وجوه) ذكر منها هنا خمسة. ومنها ما فى النهاية أن العدل إذا ارتد والعياذ بالله تعالى وحكم بلحاقه ثم عاد مسلما يعود وكيلا ، بخلاف المفرد على قول أبى يوسف حيث لا يعود (قوله يجبر على البيع الخ) أى لو غاب الراهن وحل الأجل وامتنع الوكيل عن البيع يجبر ويأتى بيانه قريبا (قوله وكذا لو شرطت الخ) عبارة الزيلعى فى شرح قوله وإن باعه العدل فتكون الوكالة غير المشروطة فى العقد كالمشروطة فيه فى حق جميع ما ذكرنا من الأحكام (قوله زيلعى) أى صرح بالتصحيح الزيلعى فى شرح قوله فإن حل الأجل ، وكذا صرح به فى الملتقى ، وكذا فى الهداية وقال فيها : ويؤيده إطلاق الجواب فى الجامع الصغير وفى الأصل اهـ وأقره الشراح (قوله وإن صححها قاضيخان) أنث الضمير مع أنه عائد إلى ظاهر الروايات لاكتساب المضاف التأنيث من المضاف إليه ، ثم إن نسبة ذلك إلى قاضيخان عجيبة ولعله سبق قلم من القهستانى ومن تبعه ، فإن الذى فى الخانية هكذا : ولو لم يكن البيع شرطا فى عقد الرهن ثم سلط المرتهن أو العدل على البيع صح التوكيل ، وللراهن أن يفسخ هذه الوكالة ويمنعه عن البيع ، ولو مات الراهن تبطل الوكالة وليس للمرتهن أن يطالب العدل بالبيع فى هذا الوجه . وعن أبى يوسف : أن الوكالة لا تبطل كالمشروطة فى العقد وهو الصحيح اهـ .

وفى الخانية أيضا : رجل رهن شيئا ووضعه على يدى عدل وسلط العدل على البيع ثم غاب الراهن فالعدل يجبر على البيع ، قيل هذا إذا كان البيع مشروطا فى عقد الرهن ، وقيل بأنه يجبر على كل حال وهو الصحيح اهـ بحروفه ، وكذا صحح الجبر على كل حال فى شرحه على الجامع الصغير كما فى النهاية ، ولم أر من صحح خلاف هذه الرواية : وفى المعراج : وقال شيخ الإسلام وفخر الإسلام وقاضيخان : هذه الرواية أصح (قوله أنه يملك بيع الولد والأرش) أى ولد المرهون وأرشه فيما لو جنى عليه أحد فدفع أرش الجناية عروضا مثلا فللوكيل هنا بيع ذلك لما سيذكره المصنف فى فصل المتفرقات ، أى نماء الرهن للراهن وأنه رهن مع الأصل ، والوكيل المفرد لا يملك ذلك (قوله كان له أن يصرفه إلى جنسه) لأنه مأمور بقضاء الدين وجعل الثمن من جنس الدين من ضروراته ، بخلاف الوكيل المفرد فإنه كما باع انتهت وكالته إتقانى (قوله إذا كان) أى المرهون (قوله فدفع) أى العبد

بالجناية كان له بيعه ، بخلاف المفردة) متعلق بالجميع (وله بيعه فى غيبة ورثته) أى ورثة الراهن (كما كان له حال حياته البيع بغير حضرته) أى حضرة الراهن وتبطل الوكالة (بموت الوكيل مطلقا) وعن الثانى أن وصيه يخلفه لكنه خلاف جواب الأصل .

(ولو أوصى إلى آخر ببيعه لم يصح) إلا إذا كان مشروطا له ذلك فى الوكالة (ولا يملك راهن ولا مرتهن بيعه بغير رضا الآخر ، فإن حل الأجل وغاب الراهن أجبر الوكيل على بيعه كما هو) الحكم (فى الوكيل بالخصومة) إذا غاب موكله وأباها فإنه يجبر عليها بأن يحبسه أياما ليبيع ، فإن لج بعد ذلك باع القاضى دفعا للضرر (وإن باعه العدل فالثمن رهن) كالثمن (فيهلك كهلكه ، فإن أوفى ثمنه) بعد بيعه (المرتهن فاستحق الرهن) وضمن (فإن)

القاتل (قوله كان له بيعه) لأنه صار هو الرهن لقيامه (قوله وله بيعه) أى للوكيل المذكور سواء كان المرتهن أو العدل أو غيرهما بيع الرهن بغيبة الورثة لأنه لم ينعزل بموت الراهن كما مر . قال ط : وكذا بغيبة ورثة المرتهن اهـ أى لو كان الوكيل غيره . بقى ما إذا لم يكن وكيل بالبيع ومات الراهن وسيذكره المصنف آخر الباب الآتى (قوله وتبطل الوكالة بموت الوكيل) يعنى والرهن باق لأن الرهن لو كان فى يد المرتهن فمات لم يبطل العقد به فلأن لايبطل بموت العدل أولى عناية ، ولم يذكر ما يفعل به بعد موت العدل وبطلان وكالته .

وفى الولوالجية والظهيرية وغيرهما ولو مات العدل يوضع على يد عدل آخر عن تراض : فإن اختلفا وضعه القاضى على يد عدل آخر ، وليس للعدل الثانى أن يبيع الرهن وإن كان الأول مسلطا على البيع إلا أن يموت الراهن لأن القاضى يتولى قضاء ديونه اهـ (قوله مطلقا) أى سواء أكان مرتهنا أو عدلا أو غيرهما ، ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لأن الوكالة لا يجرى فيها الإرث ولأن الموكل رضى برأيه لارأى غيره درر (قوله وعن الثانى الخ) لو أخره بعد قوله ولو أوصى إلى آخر ببيعه لم يصح لكان أنسب ط (قوله لكنه خلاف جواب الأصل) كذا ذكره القهستانى ، والمراد بالأصل مبسوط الإمام محمد ، وظاهره أن الإمام محمدا ذكر فى أصله جواب أبى يوسف كقولهما ط (قوله إلا إذا كان مشروطا له) بأن قال له فى أصل الوكالة وكلتك ببيعه وأجزت لك ما صنعت به من شىء فحينئذ لوصيه بيعه ، ولا يجوز لوصيه أن يوصى به إلى ثالث إتقانى .

[فرع] وكل العدل وكيلا فباعه ، إن بحضرة العدل جاز وإلا فلا إلا أن يجيزه ولو باع العدل بعض الرهن بطل فى الباقى هندية . أى فسد للشيوع الطارىء (قوله ولا يملك الخ) أى بعد موت العدل كما رأيته بخط بعض العلماء وهو مقتضى السياق لكنه ليس للاحتراز (قوله فإن حل الأجل الخ) تقدمت هذه المسألة قريبا (قوله وغاب الراهن) أى أو وارثه بعد موته وابى الوكيل أن يبيعه أجبر بالاتفاق ، وفيه رمز إلى أنه لو حضر الراهن لم يجبر الوكيل بل أجبر الراهن ، فإن أبى باعه القاضى عندهما ولم يبع عنده قهستانى : قال الرملى : وهذا فرع الحجر على الحر ، وتقدم فى الحجر أن قولهما به يفتى اهـ .

قلت وفى البزازية : وقيل هذا قول الكل لتقدم الرضا منه على البيع وهو الصحيح (قوله أجبر) لتعلق حق المرتهن به (قوله كما هو الحكم فى الوكيل بالخصومة) يعنى بطلب المدعى . قال الإتقانى : المدعى إذا طالب خصمه عند القاضى بوكيل فنصب له وكيلا لم يجز للموكل عزله ، لأن حق الخصم تعلق بهذه الوكالة حين ثبتت بمطالبته ، ولو كان وكله ابتداء من غير مطالبة جاز عزله (قوله بأن يحبسه) تصوير لقوله أجبر الوكيل . وفى بعض النسخ وكيفية الإجبار بأن يحبسه (قوله فإن لج) بالجيم : قال فى المصباح لج فى الأمر لججا من باب تعب ولجاجا ولجاجة فهو لجوج ولجوجة مبالغة إذا لازم الشىء وواظبه ومن باب ضرب اهـ ط (قوله وإن باعه العدل) أى المسلط على بيعه فى عقد الرهن أو بعده بزازية (قوله فالثمن رهن) أى وإن لم يقبضه لقيامه مقام ما كان مقبوضا هداية ،

كان المبيع (هالكا فى يد المشترى ضمن المستحق الراهن قيمته) إن شاء لأنه غاصب (و) حينئذ (صح البيع والقبض) لتملكه بضمانه (أو) ضمن المستحق (العدل) لتعديه بالبيع (ثم هو) أى العدل (يضمن الراهن وصحا) أيضا (أو) ضمن (المرتهن ثمنه الذى) أداه إليه (وهو) أى الثمن (له) أى العدل لأنه بدل ملكه (ويرجع المرتهن على راهنه بدينه) ضرورة بطلان قبضه (وإن) كان الرهن (قائما) فى يد مشتريه (أخذه المستحق من مشتريه ورجع هو) أى المشترى (على العدل بثمنه)

فلو هلك فى يد العدل سقط الدين ، كما إذا هلك عند المرتهن ، وكذا إذا هلك الثمن بالتوى على المشترى فالتوى على المرتهن ويسقط الدين ، ولا يعتبر فيه قيمة الرهن وإنما يعتبر الثمن بزازية ، ولا يقال كيف يكون مضمونا ولم يقبضه لأنه ثبت فى ذمة المشترى بحق المرتهن فكأنه فى يد المرتهن أو فى يد البائع إتقانى . وإذا أقر العدل أنه قبض الثمن وسلمه إلى المرتهن وأنكر المرتهن فالقول للعدل لأنه أمين وبطل دين المرتهن ولوالجية وجوهرة (قوله وضمن) بالبناء للمجهول لا للفاعل كاظن ونائب الفاعل ضمير الرهن أى طلب ضمانه والطالب هو المستحق وإنما أتى بهذا الفعل ليكون مابعده تفصيلا لمذكور ، فلله دره ما أخفى دقائقه فافهم (قوله ضمن المستحق الراهن) أى ضمنه قيمة الرهن فالمفعول الثانى محذوف ، وكذا يقال فيما بعده (قوله لأنه غاصب) حيث أخذ العين وسلمها بغير إذن مالكها ط (قوله والقبض) أى قبض المرتهن الثمن اهـ ح (قوله لتملكه بضمانه) أى لأن الراهن ملكه بأداء الضمان فتبين أنه أمره ببيع ملك نفسه هداية (قوله لتعديه بالبيع) يعنى مع التسليم وكان ينبغى ذكره كما فى الهداية (قوله يضمن الراهن) أى القيمة لأنه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة هداية (قوله وصحا أيضا) أى البيع والقبض إن نفذ البيع ، لأن الراهن لما كان قرار الضمان عليه وضمنه ملكه كما مر وصح قبض المرتهن الثمن فلا يرجع بشىء من دينه على الراهن كما فى العناية وغيرها ، وقول المنح كالدرر على العدل سبق قلم (قوله أو ضمن) الأولى يضمن لأنه معطوف على يضمن الذى قبله والفاعل فيهما ضمير العدل (قوله الذى أداه إليه) أى إلى المرتهن لأنه تبين بالاستحقاق أنه أخذ الثمن بغير حق ، لأن العدل ملكه بالضمان درر (قوله لأنه بدل ملكه) فإنه لما أدى ضمانه استقر ملكه فيه ولم يضمن العدل الراهن حتى ينتقل إلى الراهن :

بقى هنا شىء ، وهو أن المستحق إذا ضمن العدل القيمة فقد تكون القيمة أكثر من الثمن الذى أخذه العدل من المرتهن فمن يضمن تلك الزيادة ؟ ورأيت الشرنبلالى ذكر بحثا أنه ينبغى أن يرجع بالزيادة على الراهن اهـ : وذكر الشرنبلالى بحثا آخر ، وهو أن المصنف لم يذكر رجوع المشترى فى هذا الشق : بل سيذكره فيما لو كان الرهن قائما فينبغى أنه إن سلم الثمن إلى المرتهن أن يرجع به عليه أو إلى العدل يرجع به عليه ثم العدل يرجع على المرتهن ، ثم المرتهن يرجع بدينه على الراهن الخ ما ذكره :

وأقول لم يظهر لى وجه صحته لأن المشترى لم يغرم شيئاً فكيف يرجع بثمن ما هلك فى يده ، نعم لو ذكروا أن المستحق يرجع بالقيمة على المشترى لأنه غاصب أيضا بالقبض وقد هلك المغصوب فى يده ينبغى أن يقال يرجع المشترى بالثمن الذى أداه إلى العدل أو المرتهن ويرجع المرتهن به على العدل والعدل على الراهن ، ولينظر ماوجه عدم ذكرهم ذلك بل اقتصروا على رجوع المستحق على الراهن أو العدل مع أنه ينبغى ذكره أيضا.

ثم رأيت فى الحواشى السعدية قال ما نصه ، والظاهر أن يكون للمستحق خيار تضمين المشترى أيضا لأنه متعد بالأخذ والتسليم لكن لم يذكر اهـ (قوله ورجع هو على العدل بثمنه) يعنى فيما إذا سلم المشترى الثمن بنفسه

لأنه العاقد (ثم) يرجع (هو) أى العدل (على الراهن به) أى بثمنه (و) إذا رجع عليه (صح القبض) وسلم الثمن للمرتهن (أو) رجع العدل (على المرتهن بثمنه ثم) رجع (هو) أى المرتهن (على الراهن به) أى بدينه . زاد هنا فى الدرر والوقاية : وإن شرطت الوكالة بعد الرهن رجع العدل عن الراهن فقط سواء قبض المرتهن ثمنه أولا (فإن هلك الرهن عند المرتهن فاستحق) الرهن (وضمن الراهن قيمته هلك) الرهن (بدينه ، وإن ضمن المرتهن) القيمة (يرجع على الراهن بقيمته) التى ضمنها لضرره (وبدينه) لانتقاض قبضه :

[فرع] فى الولوالجية : ذهبت عين دابة المرتهن يسقط ربع الدين وسيجىء .

إلى العدل ، ولو أنه سلمه إلى المرتهن لم يرجع على العدل به لأن العدل فى البيع عامل للراهن وإنما يرجع عليه إذا قبض ولم يقبض منه شيئا فبقى ضمان الثمن على المرتهن والدين على الراهن شرنبلالى عن الزيلعى (قوله لأنه العاقد) فتتعلق به حقوق العقد درر (قوله ثم هو على الراهن) لأنه هو الذى أدخله فى العهدة فيجب عليه تخليصه هداية (قوله به) أى بثمنه . وقع فى الهداية وتبعه الزيلعى التعبير بالقيمة ، وذكر الشارحون أن المراد بها الثمن (قوله صح القبض) أى قبض المرتهن الثمن (قوله وسلم الثمن للمرتهن) ذكره فى الهداية تعليلا وهو الأحسن (قوله أو رجع العدل على المرتهن بثمنه) لأنه إذا انتقض العقد بطل الثمن وقد قبضه ثمنا فيجب نقض قبضه ضرورة هداية (قوله ثم رجع الخ) لأنه لمـــا انتقض قبضه عاد حقه فى الدين كما كان (قوله أى بدينه) كان على المصنف التصريح به لئلا يعود الضمير على غير مذكور فى كلامه مع الإيهام أفاده ط (قوله وإن شرطت الوكالة الخ) يعنى أن التفصيل المار إنما هو فيما إذا شرطت فى العقد لأنه تعلق بها حق المرتهن بخلاف المشروطة بعده لأنه لم يتعلق بها حقه فلا يرجع العدل عليه قال الزيلعى : وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع وقال السرخسى هو ظاهر الرواية ، إلا أن فخر الإسلام وشيخ الإسلام قالا الأصح جبره لإطلاق محمد فى الجامع والأصل فتكون الوكالة غير المشروطة فى العقد كالمشروطة فيه فى حق جميع ما ذكرنا من الأحكام هناك اه ملخصا (قوله فقط) أى ليس له الرجوع على المرتهن (قوله أولا) بأن ضاع الثمن فى يد العدل بلا تعديه درر (قوله وضمن الراهن) بالرفع على أن الفعل من الثلاثى المجرد ، أو بالنصب على أنه من المزيد والفاعل ضمير المستحق المعلوم من المقام وكذا ما بعده :

والحاصل أن له تضمين الراهن لتعديه بالتسليم أو المرتهن لتعديه بالقبض (قوله هلك الرهن بدينه) أى بمقابلته . قال الزيلعى : وإن ضمن الراهن صار المرتهن مستوفيا لدينه بهلاك الرهن ، لأن الراهن ملكه بأداء الضمان مستنداً إلى ما قبل التسليم ، فتبين أنه رهن ملك ثم صار المرتهن مستوفيا بهلاكه (قوله لضرره) الأولى لغرره بالغين المعجمة قال فى الدرر : أما القيمة فلأنه مغرور من جهة الراهن بالتسليم اه ونحوه فى الزيلعى وغيره ط (قوله لانتقاض قبضه) أى قبض المرتهن الرهن بتضمينه فيعود حقه كما كان ، لأن الرهن لم يكن ملك الراهن حتى يكون بهلاكه مستوفيا عناية : وهنا إشكال وجواب مذكوران فى الهداية والتبيين (قوله ذهبت عين دابة المرتهن) الإضافة إلى المرتهن لأدنى ملابسة . والأصوب إبداله بالرهن :

وعبارة الولوالجية : ولو ذهبت عين دابة الرهن سقط ربع الدين لأن العين من الدابة التى يستعمل عليها ربعها فقدفات ربعها فيسقط ربع الدين اه : وهو مفروض فيما إذا كانت قيمتها مثل الدين كما قيده فى المبسوط ، واحترز بقوله التى يستعمل عليها كالبقرة والفرس عن نحو الشاة فإنه يضمن النقصان (قوله وسيجىء) أى فى باب جناية البهيمة أن إقامة العمل بها إنما تمكن بأربع أعين عيناها وعينا مستعملها اه :

باب التصرف فى الرهن والجناية عليه وجنايته

أى الرهن على غيره

(توقف بيع الراهن رهنه على إجازة مرتهنه أو قضاء دينه ، فإن وجد أحدهما نفذ وصار ثمنه رهنا) فى صورة الإجازة (وإن لم يجز) المرتهن البيع (وفسخ) بيعه (لاينفسخ) بفسخه فى الأصح (و) إذا بقى موقوفا فـ (المشترى) بالخيار (إن شاء صبر إلى فكاك الرهن أو رفع الأمر إلى القاضى ليفسخ البيع) وهذا إذا اشتراه ولم يعلم أنه رهن ابن كمال :

(ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه) الراهن أيضا (من) رجل (آخر قبل أن يجيز المرتهن) البيع (فالثانى موقوف أيضا على إجازته) إذ الموقوف لا يمنع توقف الثانى (فأيهما أجاز لزم ذلك وبطل الآخر ، ولو باعه)

[خاتمة] المولى لايصلح عدلا فى رهن مأذونه ولو مديونا حتى لو شرط لم يجز الرهن وصح عكسه ، والمكاتب يصلح عدلا فى رهن مولاه كعكسه ، والمكفول عنه لايصلح عدلا فى رهن الكفيل كعكسه ، وكذا رب المال فى رهن المضارب كعكسه ، وكذا أحد شريكى المفاوضة أو العنان إلا فيما كان من غير التجارة لأن كلا منهما أجنبى عن صاحبه فيه ، وكذا الراهن لايصلح عدلا فى الرهن ويفسد العقد إلا إن كان قبضه المرتهن ثم وضعه على يده جاز بيعه اهـ ط عن الهندية ملخصا :

باب التصرف فى الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

لما ذكر الرهن وأحكامه ذكر مايعترض عليه إذا عارضه بعد وجوده معراج (قوله توقف بيع الراهن رهنه الخ) وكذا توقف على إجازة الراهن بيع المرتهن ، فإن أجازه جاز وإلا فلا ، وله أن يبطله ويعيده رهنا ؛ ولو هلك فى يد المشترى قبل الإجازة لم تجز الإجازة بعده ، وللراهن أن يضمن أيهما شاء قهستانى عن شرح الطحاوى ، وما ذكره المصنف هو الصحيح وظاهر الرواية ، وقيل ينفذ ، وتمامه فى الزيلعى :

[فرع] قال المرتهن للراهن بع الرهن من فلان فباعه من غيره لم يجز ، ولو قال المستأجر للمؤجر ذلك جاز بيعه من غيره جامع الفصولين (قوله على إجازة مرتهنه الخ) أو إبرائه الراهن عن الدين حموى (قوله نفذ) لزوال المانع ، وهو تعلق حق المرتهن به وعدم القدرة على تسليمه زيلعى (قوله وصار ثمنه رهنا) أى سواء قبض الثمن من المشترى أو لا لقيامه مقام العين والثمن ، وإن كان دينا لايصح رهنه ابتداء لكنه يصح رهنه بقاء كالعبد المرهون إذا قتل تكون قيمته رهنا بقاء ، حتى لو توى الثمن على المشترى يكون من المرتهن يسقط به دينه ، كما لو كان فى يده بزازية : ولبعض محشى الأشباه هنا كلام منشؤه عدم التأمل والمراجعة ، وما ذكره المصنف هو الصحيح وظاهر الرواية ، وقيل إن المرتهن إن شرط أن يكون الثمن رهنا عند الإجازة كان رهنا وإلا فلا ، وتمامه فى الزيلعى (قوله فى الأصح) لأن امتناع النفاذ لحقه وهو الحبس والتوقف لايفوته : وعن محمد ينفسخ بفسخه ، حتى لو افتكه الراهن لاسبيل للمشترى عليه بعده زيلعى ملخصا (قوله أو رفع الأمر إلى القاضى) لأن هذا الفسخ لقطع المنازعة وهو إلى القاضى عناية (قوله وهذا الخ) أى ثبوت الخيار للمشترى ، لكن عدم الفرق هو الأصح رملى عن منية المفتى ، وهو المختار للفتوى حموى وغيره عن التجنيس : وفى جامع الفصولين : يتخير مشترى مرهون ومأجور ولو عالما به عندهما : وعند أبى يوسف يتخير جاهلا لاعالما ، وظاهر الرواية قولهما اهـ قال الرملى فى حاشيته عليه : وهو الصحيح وعليه الفتوى كما فى الولوالجية (قوله من رجل آخر) سيأتى تقييده بغير المرتهن (قوله فأيهما أجاز لزم) فلو قضى الراهن الدين هل ينفذ الأول أو الثانى ؟ يحرر ، والظاهر الأول ط :

الراهن (ثم أجره أو رهنه أو وهبه من غيره فأجاز المرتهن الإجارة أو الرهن أو الهبة جاز البيع الأول) لحصول النفع بتحول حقه للثمن على ما تقرر وفى محله تحرر (دون غيره من هذه العقود) إذ لا منفعة للمرتهن فيها فكانت إجازته إسقاطا لحقه فزال المانع فينفذ البيع .

وفى الأشباه : باع الراهن الرهن من زيد ثم باعه من المرتهن انفسخ الأول (وصح إعتاقه وتدبيره واستيلاده) أى نفذ إعتاق الراهن (رهنه ، فإن) كان (غنيا و) كان (دينه) أى المرتهن (حالا أخذ) المرتهن (دينه من الراهن ، وإن مؤجلا أخذ قيمته للرهن بدله إلى) زمان (حلوله) فإن حل استوفى حقه لو من جنسه

قلت : يؤيده مانذكره قريبا عن الكفاية تأمل ، وما ذكره المصنف يخالف الإجارة ، فلو تكرر بيع المؤجر فأجاز المستأجر الثانى نفذ الأول ويأتى وجهه (قوله ثم أجره الخ) أى قبل نقض القاضى البيع إتقانى (قوله أو رهنه أو وهبه) أى مع التسليم ، إذ لا عبرة لهذين العقدين بدونه إتقانى عن أبى المعين (قوله جاز البيع الأول) سماه أولا وإن لم يكن بيعان بالنسبة إلى هذه العقود ، لأن هذه العقود متأخرة عن البيع ، ويجوز أن يكون باعه من واحد ثم من آخر ثم باشر هذه العقود فأجازها المرتهن نفذ البيع الأول دون الثانى لرجحان الأول بالسبق كفاية (قوله لحصول النفع الخ) بيان للفرق بين المسألتين حيث جاز البيع الثانى بالإجازة فى الأولى ولم تجز التصرفات المذكورة بعد البيع فى الثانية مع وجود الإجازة للكل . قال فى الكفاية : والأصل فيه أن تصرف الراهن إذا كان يبطل حق المرتهن لاينفذ إلا بإجازة المرتهن ، فإذا أجازه ، فإن كان تصرفا يصلح حقا للمرتهن ينفذ مالحقته الإجازة ، وإن لم يصلح فبالإجازة يبطل حق المرتهن وينفذ السابق من تصرفات الراهن وإن كان المرتهن أجاز اللاحق .

فإذا ثبت هذا فنقول : المرتهن ذو حظ من البيع الثانى لأنه يتحول حقه إلى الثمن ولا حق له فى هذه العقود إذ لابدل فى الهبة والرهن والبدل فى الإجارة فى مقابلة المنفعة وحقه فى مالية العين لافى المنفعة فكانت إجازته إسقاطا لحقه فزال المانع من النفاذ فينفذ البيع السابق ، كما لو باع المؤجر العين من إثنين وأجاز المستأجر البيع الثانى نفذ الأول لأنه لاحق له فى الثمن فكانت الإجازة إسقاطا اهـ ملخصا (قوله وفى الأشباه الخ) هذا كالإستدراك على قول المصنف سابقا فالثانى موقوف ، كأنه يقول محل توقف الثانى كالأول إذا كان البيع الثانى من غير المرتهن أما إذا كان منه فلا يتوقف وإنما يبطل البيع الأول ، ووجهه أنه طرأ ملك بات على ملك موقوف فأبطله ط عن أبى السعود (قوله وصح إعتاقه الخ) ماتقدم كان فى تصرفات تقبل الفسخ كالبيع والإجارة والكتابة والهبة والصدقة والإقرار ، فلم تجز فى حق المرتهن أصلا ولم يبطل حقه فى الحبس إلا بعد قضاء الدين ، وما هنا فى تصرفات لاتقبل الفسخ فتنفذ ويبطل الرهن أفاده القهستانى أى سواء كان موسرا أو معسرا لصدوره من أهله فى محله وهو ملكه فلا يلغو تصرفه بعدم إذن المرتهن وامتناع النفاذ فى البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم ، وتمامه فى الهداية ، ومثل الإعتاق الوقف .

وفى الإسعاف وغيره : لووقف المرهون بعد تسليمه أجبره القاضى على دفع ماعليه إن كان موسرا ، فإن كان معسرا أبطل الوقف وباعه فيما عليه اهـ (قوله أى نفذ) أشار به إلى أن التعبير به أولى ، لأن التصرفات السابقة صحيحة غير نافذة والتعبير بيصح يوهم أنها غير صحيحة ط ، وقوله إعتاق الراهن أى وما بعده ، وأشار إلى أن المصدر مضاف إلى فاعله ، وقوله رهنه بالنصب مفعوله (قوله للرهن) أى الإرتهان ، وقوله بدله : أى بدل الرهن بمعنى المرهون تأمل .

ورد الفضل (وإن) كان الراهن (معسرا) فني العتق سعى العبد في الأقل من قيمته ومن الدين ويرجع على سيده غنيا، وفي التدبير والاستيلاد (سعى كل في كل الدين) بلا رجوع لأن كسب المدبر وأم الولد ملك المولى (فإذا أتلف) الراهن (الرهن فحكمه حكم ما إذا أعتقه غنيا) كما مر (و) الرهن (إن أتلفه أجنبي) أي غير الراهن (فالمرتهن يضمنه) أي المتلف (قيمته يوم هلك وتكون) القيمة (رهنا عنده) كما مر. وأما ضمانه على المرتهن فتعتبر قيمته يوم القبض لأنه مضمون بالقبض السابق زيلعي (وبإعارته) أي المرتهن الرهن (من راهنه يخرج من ضمانه) تسميتها عارية مجاز.

والحاصل أنه يأخذ قيمته وتجعل رهنا مكانه (قوله ورد الفضل) أي إن كان فضل، ويرجع بالزيادة إن نقصت عن دينه ط (قوله فني العتق) أي الذي بغير إذن المرتهن جوهرة فلو بإذنه فلا سعاية على العبد أبو السعود (قوله سعى العبد الخ) لأنه لما تعذر للمرتهن استيفاء حقه من الراهن يأخذه ممن ينتفع بالعتق، والعبد إنما ينتفع بمقدار ماليته فلا يسعى فيما زاد على قيمته من الدين ابن كمال (قوله في الأقل من قيمته ومن الدين) وكيفيته أن ينظر إلى قيمة العبد يوم العتق ويوم الرهن وإلى الدين، فيسعى في الأقل منهما زيلعي ويقضي الدين بالكسب إلا إذا كان من خلاف جنس حق المرتهن فيبدل بجنسه ويقضي به دينه عناية (قوله ويرجع على سيده غنيا) أي إذا أيسر لأنه قضى دينه وهو مضطر بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه ابن كمال (قوله سعى كل) أي من المدبر والمستولدة (قوله في كل الدين) أي ولو زائدا على القيمة لما ذكره الشارح (قوله لأن كسب المدبر الخ) تعليل لقوله في كل الدين ولقوله بلا رجوع (قوله كما مر) أي من أنه لو كان الدين حالا أخذ منه كله وإلا أخذ القيمة لتكون رهنا إلى حلول الأجل (قوله فالمرتهن يضمنه) أشار إلى أن المرتهن هو الخصم في تضمينه كما في الهداية (قوله قيمته يوم هلك) فلو كانت قيمته يومه خمسمائة وقد كانت يوم الرهن ألفا كالدين ضمن خمسمائة وصارت رهنا وسقط من الدين خمسمائة كأنها هلكت بآفة كما في الهداية (قوله وأما ضمانه على المرتهن) بيان لوجه ضمان المرتهن الزيادة حيث سقط مثلها من الدين. قال الإتقاني لأن ضمان الرهن يعتبر فيه القيمة يوم القبض وحينئذ كانت ألفا فيضمن الزيادة على ماغرم الأجنبي اهـ. قال في الكفاية: ولا يقال الرهن لو كان باقيا كما كان وقد تراجع السعر وانتقصت قيمته فإنه لا يسقط من الدين شيء. قلنا لأن ثمة العين باق كما كان، وإنما يحصل التغير بسبب التراجع والعين بحال يمكن أن تصير ماليته بالتراجع كما كان يوم القبض فلم يعتبر التغير وههنا التغير الحاصل بالتراجع استقر بالهلاك ولم يبق على حال تعود ماليته كما كان اهـ.

بقي ما إذا أتلفه المرتهن فيغرم القيمة وتكون رهنا في يده فإذا حل الأجل والدين من جنس القيمة استوفى منها ولو فيها فضل رده، وإن نقصت القيمة قبل الإتلاف بتراجع السعر إلى خمسمائة وكانت ألفا وجب بالإستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة لأن ما انتقص كالهالك وسقط من الدين بقدره، وتعتبر قيمة الرهن يوم القبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي بالإتلاف وهو قيمته يوم أتلف هداية ملخصا، ويجعله مضمونا بالقبض السابق لا بتراجع السعر اندفع استشكال الزيلعي بأن تراجع السعر غير مضمون.

وبيان الجواب ما في غاية البيان عن القدوري أن نقصان السعر لا يضمن مع بقاء العين، أما إذا تلفت فالضمان بالقبض، وضمان الإتلاف من غير جنس ضمان الرهن فلذا وجبت قيمته يوم الإتلاف ووجب الفضل بالقبض السابق على ضمان الرهن اهـ ملخصا، ومثله ما مر عن الكفاية (قوله مجاز) جعله شراح الهداية تسامحا قالوا لأن الإعارة تمليك المنافع بلا عوض والمرتهن لم يملكها فكيف يملكها غيره. لكن لما عومل ذلك معاملة الإعارة من عدم الضمان ومن التمكن من الاسترداد أطلق عليه اسم الإعارة اهـ.

(فلو هلك) الرهن (فى يد الراهن هلك مجانا) حتى لو كان أعطاه به كفيلا لم يلزم الكفيل شيء لخروجه من الرهن ، نعم لو كان الراهن أخذه بغير رضا المرتهن جاز ضمان الكفيل تتارخانية :

(فإن عاد) قبضه (عاد ضمانه وللمرتهن استرداده منه إلى يده ، فلو مات الراهن قبل ذلك) أى قبل الاسترداد (فالمرتهن أحق من سائر الغرماء) لبقاء حكم الرهن :

(ولو أعاره) أو أودعه (أحدهما أجنبيا بإذن الآخر سقط ضمانه ولكل منهما أن يعيده رهنا) كما كان (بخلاف الإجارة والبيع والهبة) والرهن (من المرتهن أو من أجنبى إذا باشرها أحدهما بإذن الآخر)

وفسر بعض المحققين التسامح بأنه استعمال اللفظ فى غير حقيقته بلا قصد علاقة معتبرة ولا نصب قرينة اعتمادا على ظهوره من المقام اه فهو ليس حقيقة ولا مجازا ، وجعل المصنف فى المنح لفظ الإعارة هنا استعارة تصريحية علاقتها المشابهة والقرينة إسناد الإعارة إلى المرتهن لأن إسنادها حقيقة للمالك : قال : وحيث وجدت القرينة والجامع فالقول بأنه مجاز سائغ اه تأمل (قوله هلك مجانا) أى بلا سقوط شيء من الدين لارتفاع القبض المضمون (قوله حتى لو كان) أى الراهن أعطى المرتهن بالرهن المعار كفيلا : أى أعطاه كفيلا بتسليمه لا بعينه لقوله فى كتاب الكفالة ولا تصح بمبيع قبل قبضه ومرهون وأمانة بأعيانها ، فلو بتسليمها صح اه تأمل (قوله لخروجه من الرهن) أى من حكم الرهن وهو الضمان وإلا فالعقد باق (قوله جاز ضمان الكفيل) أى إلزامه بتسليمه لما قدمناه (قوله عاد ضمانه) لأن عقد الرهن باق إلا فى حكم الضمان منح (قوله من سائر الغرماء) أى غرماء الراهن فلا يشاركون المرتهن فيه (قوله لبقاء حكم الرهن) الأصوب أن يقال لبقاء عقد الرهن إلا أن يراد بالحكم هنا يد الاستيفاء لا الضمان تأمل (قوله ولو أعاره الخ) جملة هذه التصرفات ستة : العارية والوديعة والرهن والإجارة والبيع والهبة ، فالعارية توجب سقوط الضمان سواء كان المستعير هو الراهن أو المرتهن إذا هلك حالة الاستعمال أو أجنبيا ولا ترفع عقد الرهن وحكم الوديعة كحكم العارية ، والرهن يبطل عقد الرهن : وأما الإجارة فالمستأجر إن كان هو الراهن فهى باطلة وكانت بمنزلة ما إذا أعارمنه أو أودعه ، وإن كان هو المرتهن وجدد القبض للإجارة أو أجنبيا بمباشرة أحدهما العقد بإذن الآخر بطل الرهن والأجرة للراهن وولاية القبض للعاقد ولا يعود رهنا إلا بالإستئناف : وأما البيع والهبة فإن العقد يبطل بهما إذا كانا من المرتهن أو من أجنبى بمباشرة أحدهما بإذن الآخر ، وأما من الراهن فلا يتصور اه عناية . وفى حاشيتها لسعدى أفندى : إذا كان الإيداع من أجنبى ينبغى أن لا يسقط الضمان لأنه العدل اه :

أقول : وهو بحث وجيه ثم رأيته منصوصا فى الخانية حيث قال فيها : إذا أجاز الراهن للمرتهن أن يودعه إنسانا أو يعير ، فإن أودع فهو رهن على حاله ، إن هلك فى يد المودع سقط الدين ، وإن أعاره خرج من ضمان الرهن وللمرتهن أن يعيده اه فقد فرق بين العارية والوديعة على خلاف ماذكره فى العناية وتبعه فيه الشارح فتنبه (قوله بخلاف الإجارة الخ) حال من قوله ولكل واحد منهما أن يعيده رهنا . ويشترط فى الإجارة تجديد القبض كما علمت آنفا . وفى البزازية : وإن استأجرها المرتهن فاسدا ووصل إليها ومضى زمان بمقدار مايجب فيه شيء من الأجرة بطل الرهن اه . وفيها : وإن أخذ المرتهن الأرض مزارعة بطل الرهن لو البذر منه ، ولو من الراهن فلا اه أى لما قدمناه فى كتاب المزارعة أن الأصل أن رب البذر هو المستأجر ، فإن كان هو العامل كان مستأجرا للأرض ، وإن كان هو رب الأرض كان مستأجرا للعامل (قوله والرهن) أى وبخلاف رهن الرهن ويأتى الكلام فيه قريبا (قوله من المرتهن الخ) من هذه صلة لما قبلها لا للابتداء ، تقول : أجرت منه الدار وكذا بعتها أو وهبتها منه إذا كان هو القابل للعقد وأنت المباشر فالمرتهن أو الأجنبى هنا هو القابل والمباشر : أى العاقد مع المرتهن هو

حيث يخرج عن الرهن ثم لايعود إلا بعقد مبتدإ لأنها عقود لازمة، بخلاف العارية وبخلاف بيع المرتهن من الراهن لعدم لزومها : بقى لو مات الراهن قبل رهنه ثانيا فالمرتهن أسوة الغرماء :

(ولو أذن الراهن للمرتهن فى استعماله أو إعارته للعمل فهلك) الرهن (قبل أن يشرع في العمل أو بعد الفراغ منه هلك) بالدين لبقاء عقد الرهن :

(ولو هلك فى حالة العمل) والاستعمال (هلك أمانة) لثبوت يد العارية حينئذ :

(لو اختلفا فى وقته) أى وقت هلاكه فقال المرتهن هلك فى وقت العمل وقال الراهن فى غيره (فالقول للمرتهن) لأنه منكر (والبينة للراهن) لأنهما اتفقا على زوال يد الرهن فلا يصدق الراهن فى عوده إلا بحجة بزازية :

وفيها : أذن للمرتهن فى لبس ثوب الرهن يوما فجاء به المرتهن متخرقا وقال تخرق فى لبس ذلك اليوم وقال الراهن ما لبسته فيه ولا تخرق فيه فالقول للراهن ، وإن أقر الراهن باللبس فيه ولكن قال تخرق قبل لبسه أو بعده فالقول للمرتهن فى قدر ما عاد من الضمان :

الراهن ومع الأجنبى أحدهما ، لكن فى هذا التعميم بالنسبة إلى الرهن نظر لأن رهنه من المرتهن لايفيد ، فالظاهر أنه خاص فيما إذا رهنه أحدهما من أجنبى :

قال فى التاترخانية عن شرح الطحاوى : ليس للمرتهن أن يرهن الرهن ، فإن رهن بلا إذن الراهن ، فإن هلك فى يد الثانى قبل الإعادة إلى يد الأول فللراهن أن يضمن المرتهن الأول ويصير ضمانه رهنا ويملكه المرتهن الثانى بالدين أو يضمن المرتهن الثانى ويكون الضمان رهنا عند المرتهن الأول وبطل رهن الثانى ويرجع الثانى على الأول بما ضمن وبدينه ، وإن رهن بإذن الراهن صح الثانى وبطل الأول اهـ (قوله حيث يخرج عن الرهن) بيان لجهة المخالفة بين الوديعة وهذه العقود ؛ لكن فى صورة البيع يتحول حق المرتهن إلى الثمن سواء قبضه أولا حتى لو هلك عند المشترى سقط الدين بخلاف بدل الإجارة وتقدم الفرق بينهما نص على ذلك فى المعراج (قوله لأنها عقود لازمة) ولذا لايمكنه فسخها (قوله وبخلاف بيع المرتهن من الراهن) وكذا إجارته وهبته وهذا محترز قول المصنف من المرتهن (قوله لعدم لزومها) أى لزوم العارية والبيع والأولى لزومهما بالتثنية أى لعدم لزومهما فى حق الراهن لأن ملكه باق فى المرهون فيبطل العقد (قوله بقى لو مات الخ) مرتبط بقول المصنف بخلاف الإجارة الخ (قوله فالمرتهن أسوة الغرماء) أى مساولهم فى المرهون لبطلان عقد الرهن بهذه العقود معراج (قوله ولو أذن الراهن للمرتهن باستعماله الخ) فإن لم يأذن له وخالف ثم عاد فهو رهن على حاله جامع الفصولين (قوله ولو هلك فى حالة العمل) راجع إلى قوله أو إعارته ، وقوله والاستعمال راجع إلى قوله فى استعماله فهو لف ونشر مشوش (قوله لثبوت يد العارية) وهى مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان منح (قوله لأنه منكر) أى منكر لموجب الضمان . قال ط : ولا حاجة إليه لأن التعليل الآتى للمسألتين (قوله وقال الراهن فى غيره) كذا فى الخانية وغيرها فيشمل ما إذا قال قبل العمل أو بعده (قوله لأنهما اتفقا على زوال يد الرهن) أى زوال القبض الموجب للضمان لاعترافهما بوجود العمل المزيل للضمان (قوله فى عوده) أى عود الرهن أى عود يده فى بعض النسخ فى حقه وفى بعضها فى دعواه ، وعبارة البزازية فى العود (قوله مالبسته) بفتح تاء المخاطب (قوله فالقول للراهن) لأنه منكر لوجود العمل فلم يتفقا على زوال اليد (قوله فالقول للمرتهن الخ) عبارة البزازية فالقول للمرتهن أنه أصابه فى اللبس لإتفاقهما على خروجه من الضمان فكان القول للمرتهن فى قدر ماعاد الضمان إليه ، بخلاف أول المسألة لعدم الاتفاق ثمة على الخروج من الضمان اهـ :

[فروع] رهن الأب من مال طفله شيئا بدين على نفسه جاز ، فلو الرهن قيمته أكثر من الدين فهلك ضمن الأب قدر الدين دون الزيادة بخلاف الوصى فإنه يضمن قيمته . والفرق أن للأب أن ينتفع بمال الصغير عند الحاجة ولا كذلك الوصى :

ولو أدرك الابن ومات الابن ليس للابن أخذه قبل قضاء الدين ، ويرجع الابن فى مال الأب إن كان رهنه لنفسه لأنه مضطر كمعير الرهن :

ولو رهن شيئا ثم أقره بالرهن لغيره لايصدق فى حق المرتهن ويؤمر بقضاء الدين ورده إلى المقر له :

ولو رهن دار غيره فأجاز صاحبها جاز ، وبينة الراهن على قيمة الرهن أولى .

وزوائد الرهن كولد وثمرة رهن لا غلة دار وأرض وعبد فلا يصير رهنا .

والرهن الفاسد كالصحيح فى ضمانه .

(وصح استعارة شىء ليرهنه فيرهن بما شاء) إذا أطلق ولم يقيد بشىء (وإن قيده بقدر أو جنس أو مرتهن أو بلد تقيد به) وحينئذ (فإن خالف) ما قيده به المعير

وحاصله أنهما لما اتفقا على خروجه من الضمان كان القول للمرتهن فى أنه لم يعد مضمونا عليه ضمان الرهن بعد خروجه من الضمان إلا ذلك الثوب المتخرق أى فإذا هلك بعد ذلك يضمن قيمته متخرقا (قوله بخلاف الوصى) قدم فى باب مايجوز ارتهانه أن ذلك قول الإمام التمرتاشى وأنه جزم فى الذخيرة وغيرها بالتسوية بين الأب والوصى وبه جزم المصنف هنالك كالعناية والملتقى وقدمنا وجهه (قوله ليس للابن أخذه الخ) لأن تصرف الأب نافذ لازم (قوله ويرجع الابن) أى إذا قضى دين الأب وافتك الرهن (قوله إن كان) أى الأب رهنه لنفسه أى لأجل دين عليه ، وكذا لو رهن بدين على نفسه وبدين على الصغير فحكمه فى حصة دين الأب كحكمه فيما لو كان كله رهنا بدين الأب كما فى المنح (قوله لأنه) أى الابن مضطر فى قضاء الدين لإفتكاك الرهن فلم يكن متبرعا نظير معير الرهن الآتى بيانه (قوله ثم أقر بالرهن الخ) أى أقر بأن ذلك المرهون ملك لزيد مثلا لايصدق فى حق المرتهن ، حتى إنه لاينزع من يده بمجرد ذلك الإقرار بدون برهان من المقر له بل يؤاخذ المقر فى حق نفسه ، حتى أنه يؤمر بقضاء الدين إلى المرتهن ورد المرهون إلى المقر له ، وهل يؤمر بقضائه حالا لو كان مؤجلا أو يؤمر بدفع قيمته للمرتهن ثم تسليم الرهن للمقر له أو ينظر إلى حلول الأجل فليراجع (قوله جاز) ويكون بمنزلة ما لو أعارها ليرهنها ط (قوله أولى) أى من بينة المرتهن لأنها تثبت زيادة ضمان ولو لم يقيما البينة فالقول قول المرتهن كذا يفاد من الهندية ط (قوله وزوائد الرهن الخ) ستأتى هذه المسألة مفصلة كالمسألة التى بعدها ولذا لم توجد فى بعض النسخ ط (قوله وصح استعارة شىء ليرهنه) لأن المالك رضى بتعلق دين المستعير بماله وهو يملك ذلك كما يملك تعلقه بذمته بالكفالة ط (قوله فيرهن بما شاء) أى بأى جنس أو قدر ، وكذا عند أى مرتهن وفى أى بلد شاء كما فى القهستانى (قوله إذا أطلق) أى المعير لأن الإطلاق واجب الاعتبار خصوصا فى الإعارة لأن الجهالة فيها لاتفضى إلى المنازعة هداية لأن مبناها على المسامحة معراج (قوله تقيد به) فليس له أن يزيد عليه ولا ينقص ، أما الزيادة فلأنه ربما احتاج إلى فكاك الرهن فيؤدى قدر الدين وما رضى بأداء القدر الزائد أو لأنه يتعسر عليه ذلك فيتضرر به ، وأما النقصان فلأن الزائد على الدين يكون أمانة وما رضى إلا أن يكون مضمونا كله فكان التعيين مفيدا وكذلك التقييد بالجنس وبالمرتهن وبالبلد ، لأن كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالإضافة إلى البعض وتفاوت الأشخاص فى الأمانة والحفظ اه من الهداية والاختيار ه

(ضمن) المعير (المستعير أو المرتهن) لتعدى كل منهما (إلا إذا خالف إلى خير بأن عين له أكثر من قيمته فرهنه بأقل من ذلك) لم يضمن لمخالفته إلى خير (فإن ضمن) المعير (المستعير تم عقد الرهن) لتملكه بالضمان (وإن ضمن المرتهن يرجع بما ضمن وبالدين على الراهن) كما مر فى الاستحقاق (فإن وافق وهلك عند المرتهن صار) المرتهن (مستوفيا لدينه ووجب مثله) أى مثل الدين (للمعير على المستعير) وهو الراهن لقضاء دينه به (إن كان كله مضمونا وإلا) يكن كله مضمونا (ضمن قدر المضمون والباقى أمانة) وكذا لو تعيب فيذهب من الدين بحسابه

[تنبيه] أفتى فى الحامدية فيما لو قيد العارية بمدة معلومة ومضت المدة بأن للمعير أخذها من المستعير ، قال : وبه أفتى فى الخيرية والإسماعيلية ، ومثله فى فتاوى ابن نجيم قائلا وليس له مطالبته بالرهن قبل مضى المدة فإذا مضت وامتنع من خلاصه من المرتهن أجبر عليه اه :

أقول ولا يخالفه ما فى الذخيرة استعاره ليرهنه بدينه فرهنه بمائة إلى سنة فللمعير طلبه منه وإن أعلمه أنه يرهنه إلى سنة اه لأن الرهن هنا فاسد لتأجيله كما مر وكلامنا فى تأجيل العارية تأمل (قوله ضمن المعير المستعير أو المرتهن الخ) أى يضمنه قيمة الرهن إن هلك فى يد المرتهن لأنه تصرف فى ملكه على وجه لم يؤذن له فيه فصار غاصبا ، وللمعير أن يأخذه من المرتهن ويفسخ الرهن جوهرة (قوله فرهنه بأقل من ذلك) أى بأقل مما عين له لكن بشرط أن لا ينقص عن قيمة الرهن بل إما بمثلها أو بأكثر كما أفاده الزيلعى :

وفى الذخيرة وغيرها : لو سمى له شيئا فرهنه بأقل أو بأكثر فهو على ثلاثة أوجه : الأول أن تكون قيمة الثوب مثل الدين المسمى ، الثانى أن تكون أكثر منه ، وفيها إذا رهن بأكثر من الدين أو بأقل يضمن قيمته ، الثالث أن تكون أقل منه ، فإن زاد على المسمى ضمن القيمة ، وإن نقص فإن كان النقصان إلى تمام قيمة الثوب لا يضمن وإن إلى أقل ضمن قيمته اه ملخصا ؛ ونقله فى النهاية :

ثم قال وبه يعلم أن المعير لا يضمن المستعير أكثر من القيمة فى صورة من الصور ، وكذا لا يضمنه جميع قيمة الثوب إذا كانت أكثر من الدين وإنما يضمنه قدر الدين والزائد يهلك أمانة اه (قوله لتملكه بالضمان) فتبين أنه رهنه ملك نفسه اه تبيين ، قال قارىء الهداية : ولى فيه نظر لأن الملك فيه لم يستند إلى وقت القبض إذ القبض بإذن المالك ؛ وإنما يستند إلى وقت المخالفة وهو التسليم إلى المرتهن وعقد الرهن كان قبله فيقتصر ملكه على وقت التسليم فلم يتبين أنه رهن ملكه لأن ملكه بعد عقد الرهن اه أبو السعود وط عن الشلبى :

أقول قد يجاب بأن الرهن لا يلزم إلا بالتسليم ولذا كان للمرتهن الرجوع عنه قبله كما مر أول الرهن ، فإذا توقف العقد على التسليم لم يعتبر سابقا عليه فكأنهما وجدا معا عند التسليم الذى هو وقت المخالفة فلم يكن ملكه بعد عقد الرهن ، هذا ما ظهر لى من فيض الفتاح العليم فاغتنمه (قوله وإن ضمن المرتهن) لأنه متعد بقبض مال غيره بلا إذنه فهو كغاصب الغاصب (قوله كما مر فى الاستحقاق) أى قبيل هذا الباب (قوله صار المرتهن مستوفيا لدينه) أى إن كانت قيمة الرهن مثل الدين أو أكثر وإن كانت أقل صار مستوفيا لقدره ويرجع بالفضل على الراهن اه مسكين (قوله أى مثل الدين) كذا فى الدرر والأصوب أن يقال أى مثل الرهن أى صورة ومعنى إن كان مثليا ومعنى فقط وهو قيمته إن كان قيميا لئلا يلزم تشتيت الضمائر بعده رحمتى ملخصا ؛ ومثله فى شرح الطورى (قوله لقضاء دينه به) أى لأن الراهن صار قاضيا دينه بمال المعير وهو الرهن (قوله إن كان كله) أى الرهن مضمونا بأن كان مثل الدين أو أقل (قوله وإلا الخ) أى بأن كان أكثر من الدين (قوله بحسابه) أى بقدر حصة العيب

ويجب مثله للمعير :

(ولو افتكه) أى الرهن (المعير أجبر المرتهن على القبول ثم يرجع) المعير (على الراهن) لأنه غير متبرع لتخليص ملكه بخلاف الأجنبي (بما أدى) بأن ساوى الدين القيمة ، وإن الدين أزيد فالزائد تبرع ، وإن أقل فلا جبر درر ، لكن استشكله الزيلعي وغيره ، وأقره المصنف فلذا لم يعرّج عليه في متنه مع متابعته للدرر فتدبر :

(ولو هلك الرهن المستعار مع الراهن قبل رهنه أو بعد فكه لم يضمن ، وإن استخدمه أو ركبه) ونحو ذلك (من قبل) لأنه أمين خالف ثم عاد إلى الوفاق فلا يضمن خلافا للشافعي ، لكن في الشرنبلالية عن العمادية : المستأجر أو المستعير إذا خالفا ثم عاد إلى الوفاق لا يبرأ عن الضمان على ما عليه الفتوى اهـ :

إتقاني (قوله ويجب مثله) أى ويجب للمعير على المستعير مثل ماذهب من الدين بالعيب (قوله لتخليص ملكه) أى لأنه يريد بذلك تخليص ملكه فهو مضطر إليه (قوله بخلاف الأجنبي) أى إذا قضى الدين لأنه متبرع إذ هو لا يسعى فى تخليص ملكه ولا فى تفريغ ذمته فكان للطالب أن لا يقبل هداية (قوله وإن أقل فلا جبر) أى لايجبر المرتهن على تسليم الرهن درر عن تاج الشريعة لأن الزيادة أمانة من جانب الراهن ، كذا قيل ولم نجد ذلك فى كلام الشراح ، وعزوه إلى تاج الشريعة فرية بلا مرية كذا أفاده عزمى زاده (قوله لكن استشكله الزيلعي وغيره) أى استشكل كون الزائد تبرعا حيث قال وهذا مشكل ، لأن تخليص الرهن لا يحصل بايفاء البعض فكان مضطرا ؛ وهذا لأن غرضه تخليصه لينتفع به ، ولا يحصل ذلك إلا بأداء الدين كله ، إذ للمرتهن أن يحبسه حتى يستوفى الكل اهـ . والإشكال ذكره جميع شراح الهداية مع جوابه بأن الضمان إنما وجب على المستعير باعتبار إيفاء الدين من ملكه فكان الرجوع عليه بقدر ماتحقق الإيفاء اهـ ونقلوه عن الإيضاح والخانية وغيرهما وكأنّ الزيلعي لم يرتض بهذا الجواب فلم يذكره ولذا قال فى السعدية إن للكلام فيه مجالا (قوله فلذا لم يعرج عليه الخ) أقول يجب اتباع المنقول وإن لم يظهر للعقول مع أن الجواب لائح وهو تقصير المعير عن التقييد بالرهن بالقيمة من أول الأمر ، فإذا ترك ما يدفع الإضرار كان فى دفع الزائد مختارا بهذا الاعتبار فكن من ذوى الأبصار اهـ سائحانى (قوله مع متابعته للدرر) أى إن عادته ذلك غالبا ، وقد نص فى الدرر على أن الزائد تبرع فدل عدم متابعته له أنه أقر الزيلعي على الاستشكال (قوله لم يضمن) لأنه لم يصر قاضيا دينه به (قوله وإن استخدمه أو ركبه الخ) إن هذه وصلية أى بأن كان عبدا فاستخدمه أودابة فركبها قبل أن يرهنهما ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما ثم قضى المال فلم يقبضهما حتى هلكا عند المرتهن فلا ضمان على الراهن هداية أى ضمان التعدى لاضمان قضاء الدين ، لأن الراهن بعد ماقضى الدين يرجع بما أدى لأن الرهن لماهلك فى يد المرتهن صار مستوفيا حقه من مالية الرهن فيرجع المعير على الراهن بما وقع به الإيفاء اهـ كفاية ملخصا (قوله ونحو ذلك) كأن لبس الثوب (قوله من قبل) أى من قبل الرهن ، وكذا إن افتكه ثم استعمله فلم يعطب ثم عطب بعده من غير صنعه لايضمن لأنه بعد الفكاك بمنزلة المودع لابمنزلة المستعير لانتهاء حكم الاستعارة بالفكاك ، وقد عاد إلى الوفاق فيبرأ عن الضمان هداية (قوله لكن فى الشرنبلالية الخ) هذا فى المستأجر أوالمستعير لشىء ينتفع به وكلامنا فى مستعير شىء ليرهنه وهو بمنزلة المودع لاالمستعير كما مر آنفا والمودع يبرأ بالعود إلى الوفاق . وفرق بينهما فى الهداية وشروحها بأن يد المستعير يد نفسه فلا يصير بالعود رادا على المالك لا حقيقة ولا حكما بخلاف المودع لأن يده كيد المالك فبالعود إلى الوفاق يصير رادا عليه حكما .

قلت : وكذا المستأجر يده يد نفسه لأنه يمسك العين لنفسه لالصاحبها (قوله إذا خالفا) الأولى إفراد الضمير

بقى لو اختلفا فالقول للراهن لأنه ينكر الإيفاء بماله ، ولو اختلفا فى قدر ما أمره بالرهن به فالقول للمعير هداية. اختلفا فى الدين والقيمة بعد الهلاك فالقول للمرتهن فى قدر الدين وقيمة الرهن شرح تكملة .

(ولو مات مستعيره مفلسا) مديونا (فالرهن) باق (على حاله فلا يباع إلا برضا المعير) لأنه ملكه (ولو أراد المعير بيعه وأبى الراهن) البيع (بيع بغير رضاه إن كان به) أى بالرهن (وفاء وإلا لا) يباع (إلا برضاه) أى المرتهن (ولو مات المعير مفلسا وعليه دين أمر الراهن بقضاء دين نفسه ويرد الرهن) ليصل كل ذى حق حقه (وإن عجز لفقره فالرهن على حاله) كما لو كان المعير حيا (ولورثته) أى ورثة المعير (أخذه) أى الرهن (بعد قضاء دينه) كمورث (فإن طلب غرماء المعير من ورثته بيعه ، فإن به وفاء بيع وإلا فلا) يباع (إلا برضا المرتهن) كما مر لما مر .

(و) اعلم أن (جناية الراهن على الرهن) كلا أو بعضا (مضمونة كجناية المرتهن عليه ويسقط من دينه) أى دين المرتهن (بقدرها) أى الجناية لأنه أتلف ملك غيره فلزمه ضمانه وإذا لزمه وقد حل الدين سقط بقدره

لأن العطف بأو وليوافق ما بعده ط وقد وجد كذلك فى كثير من النسخ (قوله بقى لو اختلفا) أى فى زمن الهلاك فقال المعير هلك عند المرتهن وقال المستعير قبل الرهن أو بعد الافتكاك عناية (قوله فالقول للراهن) أى مع يمينه معراج والبينة للمعير لأنه يدعى عليه الضمان عناية (قوله لأنه ينكر الخ) أى لأن الراهن ينكر الإيفاء بمال المعير (قوله ولو اختلفا فى قدر ما أمره بالرهن به) بأن قال المعير أمرتك أن ترهنه بخمسة وقال المستعير بعشرة فالقول للمعير ، لأنه لو أنكر الأمر أصلا كان القول له فكذا إذا أنكر وصفا فيه والبينة للمستعير لأنه المثبت إتقانى (قوله اختلفا فى الدين والقيمة الخ) صورة المسألة ما فى الخانية وغيرها : لو كان الراهن يدعى الرهن بألف والمرتهن بخمسمائة ، فإن كان الرهن قائما يساوى ألفا تحالفا وترادا ، ولو هالكا فالقول للمرتهن لأنه ينكر زيادة سقوط الدين اه : زاد الإتقانى : ولو اتفقا على أنه بألف وقال المرتهن قيمته خمسمائة وقال الراهن ألف فالقول للمرتهن إلا أن يبرهن الراهن لأنه ادعى زيادة الضمان اه ملخصا ، وبه يظهر ما فى العبارة من الإيجاز الشبيه بالألغاز (قوله مديونا) زاده لأنه لا يلزم من الإفلاس الدين ، لكن إن قرئ قول المصنف مفلسا بتشديد اللام من المضاعف استغنى عنه لأن معناه حكم القاضى بإفلاسه تأمل (قوله باق على حاله)أى محبوسا عند المرتهن (قوله وأبى الراهن) كذا فى المنح ، وصوابه المرتهن كما نبه عليه الرملى لأن فرض المسألة أن الراهن وهو المستعير قد مات (قوله بيع بغير رضاه الخ) لأن حقه فى الاستيفاء وقد حصل زيلعى (قوله وإلا) أى وإن لم يكن فيه وفاء لا يباع إلا برضاه ، لأن له فى الحبس منفعة فلعل المعير قد يحتاج إلى الرهن فيخلصه بالإيفاء ، أو تزاد قيمته بتغير السعر فيستوفى منه حقه زيلعى (قوله أمر الراهن بقضاء دين نفسه) أى يجبر على ذلك ، وانظر لو كان الدين مؤجلا هل يجبر أو ينظر (قوله بعد قضاء دينه) أى دين الراهن (قوله كمورث) أى كمورثهم لقيامهم مقامه (قوله من ورثته) أى ورثة المعير (قوله كما مر لما مر) أى فى مسألة موت المستعير ، وسقط قوله لما مر من بعض النسخ وهو الأصوب ، لأنه لم يذكر التعليل سابقا وهو قولنا لأن له فى الحبس منفعة الخ (قوله كلا أو بعضا) منصوبان على التمييز أى من جهة الكلية أو البعضية تأمل (قوله مضمونة الخ) لأن حق كل منهما محترم فيجب عليه ضمان ما أتلف على صاحبه وجعل المالك كالأجنبى فى حق الضمان ، وتمامه فى المنح (قوله عليه) أى على الرهن : أى المرهون (قوله وإذا لزمه وقد حل الدين الخ) أفاد أنه إذا كان مؤجلا لا يحكم بالسقوط بمجرد اللزوم ، بل ما لزمه يحبس بالدين إلى حلول الأجل ، فإذا حل أخذه بدينه إن كان من جنسه وإلا فحتى يستوفى دينه شرنبلالية ، وقد قدمنا تمام الكلام عند قوله فى هذا الباب ، وأما ضمانه على المرتهن (قوله سقط بقدره) أى سقط من الضمان بقدر الدين

ولزمه الباقي بالإتلاف لا بالرهن ، وهذا لو الدين من جنس الضمان وإلا لم يسقط منه شيء . والجناية على المرتهن وللمرتهن أن يستوفى دينه ، لكن لو اعور عينه يسقط نصف دينه عنه قهستاني وبرجندي :

(وجناية الرهن عليهما) أى على الراهن أو المرتهن (وعلى مالهما هدر) أى باطل (إذا كانت) الجناية (غير موجبة للقصاص) فى النفس دون الأطراف ، إذ لا قود بين طرفى عبد وحر (وإن كانت موجبة للقصاص فمعتبرة) فيقتص منه ويبطل الدين خانية : وعبارة القهستاني وشرح المجمع يبطل الرهن (كجنايته) أى الرهن

(قوله ولزمه الباقي) أى من الضمان إذا زاد الضمان على الدين(قوله بالإتلاف) لأن الزائد كان أمانة فهو كالوديعة إذا أتلفها المودع (قوله لا بالرهن) أى لا بعقده حتى يشكل عليه ضمان ذلك الزائد (قوله من جنس الضمان) بأن كان الدين دراهم أو دنانير كفاية (قوله والجناية على المرتهن الخ) معطوف على قوله لم يسقط :

وحاصله أن الدين لو مكيلا أو موزونا فالجناية واجبة على المرتهن والدين باق على الراهن فلكل منهما أخذ حقه من صاحبه (قوله لكن لو اعور عينه) أقول : عبارة الخلاصة والبزازية : ولو اعور العبد الرهن الخ ؛

وفى التاترخانية عن المحيط : رهن من آخر عبدا يساوى مائتين مثلا بمائة فاعور العبد قال أبو حنيفة وزفر : ذهب نصف المائة ، وهو قول أبى يوسف أولا ، ثم رجع وقال : يقوم العبد صحيحا وأعور فيذهب من الدين بحساب النقصان اه ملخصا . وبه ظهر أن اعور هنا مشدد الراء من الاعورار وما بعده فاعله وإسناده إلى العين لايوجب تأنيثه لأنها ظاهر مجازى التأنيث فيجوز فيه الوجهان كما قرر فى محله ، وليس من باب الأفعال متعديا والفاعل مستتر عائد على المرتهن وعينه مفعوله ، لأن الواجب حينئذ لزوم دية العين بالغة مابلغت كما تفهمه عبارة المصنف لاسقوط نصف الدين . وأيضا لو كان كذلك لما تأتى الخلاف السابق ، وحينئذ فلاوجه لذكر هذه المسألة فى هذا المحل ولا للإستدراك بها على ماقبلها ، إذ ليست من الجناية على الرهن بل من تعييبه وليس الكلام فيه فافهم واغتنم (قوله هدر) أما على الراهن فلكونها جناية المملوك على مالكه وهى فيما يوجب المال هدر لأنه المستحق ؛ وأما على المرتهن فلأنا لو اعتبرناها لوجب عليه التخلص منها لأنها حصلت فى ضمانه درر ملخصا وهذا عنده . وقالا : جنايته على المرتهن معتبرة :

ثم اعلم أن جنايته على مال المرتهن هدر اتفاقا إن كانت قيمته والدين سواء ، وإن كانت القيمة أكثر فعن أبى حنيفة أنها معتبرة بقدر الأمانة. وعنه أنها هدر كالمضمون هداية :

وفى المعراج عن المبسوط : لو كان قيمته ألفان والدين ألف فجنى على المرتهن أو رقيقه قيل للراهن إدفعه أوافده ، أما على قولهما فغير مشكل ، وأما على قوله فجنايته ههنا معتبرة فى ظاهر الرواية ، وروى عنه أنها لاتعتبر . وجه الظاهر أن النصف منه أمانة هنا وجناية الوديعة على المودع معتبرة فيقال للراهن ادفعه أو افده ، فإن دفعه وقبل المرتهن صار عبدا للمرتهن فيسقط الدين لأنه يكون كالهالك فى يده فى حكم سقوط الدين كما لو جنى على أجنبي ودفعاه به ، وإن فداه كان على الراهن نصف الفداء حصة الأمانة وعلى المرتهن نصف الفداء حصة المضمون فتسقط حصته لأنه لايستوجب على نفسه دينا ويستوفى من الراهن حصته من الفداء ويكون الفداء رهنا على حاله اه ملخصا (قوله غير موجبة للقصاص) بأن كانت خطأ فى النفس أو فيما دونها درر (قوله فى النفس دون الأطراف الخ) المناسب ذكره بعد قوله وإن كانت موجبة للقصاص لأن غير الموجبة للقصاص فى النفس أو الأطراف هدر ، وأما الموجبة له فمعتبرة إن أوجبته فى النفس دون الأطراف فيفهم أنها فى الأطراف هدر تأمل (قوله ويبطل الدين) يعنى إن كان العبد مثل الدين أو أكثر وقدمنا وجهه آنفا عن المعراج ، فلو أقل سقط من الدين بقدره كما هو الحكم فى هلاك الرهن أفاده ح : وقال : فقد ظهر وجه التعبير بالدين ، كما أن التعبير بالرهن لهوجه

(على ابن الراهن أو على ابن المرتهن) فإنها معتبرة فى الصحيح حتى يدفع بها أو يفدى وإن كانت على المال فيباع كما لو جنى على الأجنبى إذ هو أجنبى لتباين الأملاك زيلعى .

(ولو رهن عبدا يساوى ألفا بألف مؤجل فرجعت قيمته إلى مائة فقتله رجل وغرم مائة وحل الأجل فالمرتهن يقبضها) أى المائة قضاء لحقه (ولا يرجع على الراهن بشىء) كموته بلا قتل ، والأصل أن نقصان السعر لا يوجب سقوط الدين بخلاف نقصان العين ، فإذا كان الدين باقيا ويد المرتهن يد استيفاء فيصير مستوفيا للكل من الابتداء.

(ولو باعه) أى العبد المذكور (بمائة بأمر الراهن قبض المائة قضاء لحقه ورجع بتسعمائة) لأنه لما كان الدين باقيا وقد أذن ببيعه بمائة كان الباقى فى ذمته كأنه استرده وباعه لنفسه .

أيضا كما لا يخفى اه أى لأنه يلزم من بطلان الدين بطلان الرهن . قال ط : وانظر ماإذا عفاعنه ولى الدم ، والظاهر أنه يبقى على رهنيته (قوله وإن كانت على المال فيباع) أى إن لم يفده الراهن أو المرتهن .

وفى البزازية : أتلف المرهون مال إنسان مستغرقا قيمته ، فإن فداه المرتهن فالرهن والدين بحاله وإن أبى قيل للراهن افده ، فإن فداه بطل الدين والرهن لأنه استحق بأمر عند المرتهن فكان عليه ، فإن لم يفده الراهن أيضا يباع فيأخذ دائن العبد دينه وبطل مقداره من دين المرتهن إن دينه أقل ومابقى من ثمن العبد للراهن ، وإن كان دين المرتهن أكثر من دين العبد استوفى المرتهن الباقى إن حل دينه وإلا كان رهنا عنده إلى أن يحل فيأخذه قصاصا اه (قوله إذ هو) أى الابن أجنبى عن أبيه أى فى حق الملك ، وهذا تعليل لكون جناية المرهون على ابن الراهن أو ابن المرتهن معتبرة .

[تتمة] فى جناية الرهن بعضه على بعض كما لو كان عبدين فجنى أحدهما على الآخر ، فإن كان الكل من كل منهما مضمونا فالجناية هدر كالآفةالسماوية وإلا تحول إلى الجانى من حصة المجنى عليه من الدين نصف ماسقط ، لأن الجناية أربعة : جناية مشغول على مشغول ، أوعلى فارغ : وجناية فارغ على فارغ أو على مشغول وكلها هدر إلا الرابع ، فإذا كانا رهنا بألف وقيمة كل ألف فالمقتول نصفه فارغ فيهدر .

بقى النصف المشغول متلفا بفارغ ومشغول فيهدر نصف هذا النصف لتلفه بمشغول ، ويعتبر نصفه الآخر لتلفه بفارغ فالهدر يسقط مابإزائه من الدين والمعتبر يتحول إلى الجانى وذلك مائتان وخمسون فصار الجانى رهنا بسبعمائة وخمسين ، وتمامه فى الولوالجية ومتفرقات التاترخانية ، وسيأتى قريبا مالو كان الرهن عبدا ودابة (قوله فرجعت قيمته) أى بنقصان السعر (قوله والأصل الخ) لا يقال : هذا الأصل مناف لقوله ولا يرجع على الراهن بشىء فإنه قد اعتبر فيه نقصان السعر . لأنا نقول عدم اعتباره إنما هو إذا كانت العين باقية حتى كان للمرتهن مطالبة الراهن بجميع الدين عند ردها ناقصة بالسعر : أما إذا تلفت فالضمان بالقبض السابق لأن يده يد استيفاء من الإبتداء وبالهلاك يتقرر فيصير مستوفيا للكل من الإبتداء ، فعلم أن هذا الأصل ليس على إطلاقه ، هكذا ظهر لى فى هذا المحل أخذا من صريح كلام شراح الهداية المار أول هذا الباب . ثم رأيت الطورى وغيره صرح هنا بذلك ، ولله تعالى الحمد (قوله بخلاف نقصان العين) فإنه يذهب قسطه من الدين إتقانى (قوله فإذا كان الخ) تفريع بمنزلة التعليل لقوله بخلاف نقصان العين (قوله بأمر الراهن) المراد أمره بالبيع غير مقيد بمائة فالمائة غير مأمور بها شرنبلالية (قوله لأنه لما كان الدين باقيا الخ) يوجد فى بعض النسخ قبل هذا التعليل تعليل آخر هو بمعناه .

والحاصل أنه هنا لا يسقط من الدين شىء بتراجع السعر لبقاء العين وانتقاض يد الاستيفاء ، لأنه لما أمره

(ولو قتله عبد قيمته مائة فدفع به افتكه) الراهن وجوبا (بكل الدين وهو الألف) لقيام الثانى مقام الأول لحما ودما : وقال محمد : إن شاء افتكه بكل دينه أو تركه على المرتهن بدينه وهو المختار كما فى الشرنبلالية عن المواهب ، لكن عامة المتون والشروح على الأول (فإن جنى) ترك التفريع أولى (الرهن خطأ فداه المرتهن) لأنه ملكه (ولم يرجع) على الراهن بشىء (ولا) يملك أن (يدفعه إلى ولى الجناية) لأنه لايملك التمليك (فإن أبى) المرتهن من الفداء (دفعه الراهن) إن شاء (أوفداه ويسقطالدين) بكل منهما (لو أقل من قيمة الرهن أو مساويا ولوأكثر يسقط قدر قيمة العبد) فقط ، و (لا) يسقط (الباقى) من الدين؛ ولو استهلك ما لايستغرق رقبته فداه المرتهن ، فإن أبى باعه الراهن أو فداه :

ولو قتل ولد الرهن إنسانا أواستهلك مالادفعه الراهن وخرج عن الرهن أوفداه وبقى رهنا مع أمه: وأماجناية الدابة فهدر ويصير كأنه هلك بآفة سماوية وتمامه فى الخانية :

(مات الراهن باع وصيه رهنه بإذن مرتهنه وقضى دينه) لقيامه مقامه (فإن لم يكن له وصى نصب القاضى له وصيا وأمره ببيعه) لأن نظره عام وهذا لو ورثته صغارا ، فلو كبارا خلفوا الميت فى المال فكان عليهم تخليصه جوهرة :

الراهن ببيعه فكأنه استرده منه وباعه بنفسه (قوله ولو قتله) أى العبد المذكور فى المتن (قوله لحما ودما) يعنى صورة ومعنى : أما صورة فظاهر ، وأما معنى فلأن القاتل كالمقتول فى الآدمية والشرع اعتبره جزءا من حيث الآدمية عناية (قوله أو تركه على المرتهن) لأنه تغير فى ضمان المرتهن هداية (قوله فداه المرتهن) أى ويبقى الدين على حاله هداية (قوله لأنه ملكه) غير ظاهر . وعبارة الشراح لأن الجناية حصلت فى ضمانه (قوله بشىء) أى من الفداء هداية (قوله فإن أبى الخ) إنما بدىء بالمرتهن لأنا لو خاطبنا الراهن فمن الجائز أن يختار الدفع فيمنعه المرتهن لأن له أن يقول أنا أفدى حتى أصلح رهنى معراج (قوله ويسقط الدين بكل منهما) أما بالدفع فلأن العبد استحق لمعنى فى ضمان المرتهن فصار كالهلاك ، وأما بالفداء فلأنه كالحاصل له بعوض كان على المرتهن هداية (قوله فداه المرتهن) أى ودينه على حاله زيلعى (قوله فإن أبى الخ) أى إن أبى المرتهن أن يؤدى عنه قيل للراهن بعه فى الدين (قوله باعه الراهن أو فداه) فإن فداه بطل دين المرتهن ، وإن باعه أخذ غريم العبددينه ، فإن فضل شىء من ثمن العبد ودين الغريم مثل دين المرتهن أو أكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن ، ولو أقل سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد والفضل من الثمن عن دين العبد يبقى رهنا كما كان ، فإن حل دين المرتهن أخذه بدينه لأنه من جنسه وإلا أمسكه حتى يحل ، وإن لم يف الثمن بدين الغريم أخذ الغريم الثمن ورجع بالباقى على العبد بعد عتقه ، ولا يرجع العبد على أحد وتمامه فى الهداية (قوله دفعه الراهن الخ) أشار إلى أن المرتهن هنا لايؤمر بشىء لأن الولد غير مضمون عليه لأنه لايسقط بهلاكه شىء من دينه كما ذكره الإتقانى :

قال ط عن الحموى : ولو قال المرتهن أنا أفدى قبل لأنه محبوس بدينه وله غرض صحيح بزيادة الاستيثاق ولا ضرر للراهن اهـ (قوله وخرج عن الرهن) أى ولم يسقط شىء من الدين كما لو هلك ابتداء زيلعى (قوله ويصير كأنه) أى المجنى عليه (قوله وتمامه فى الخانية) حيث ذكر حاصل ماقدمناه فى الصفحة السابقة من جناية أحد عبدى الرهن على الآخر . ثم قال : ولو رهن عبدا ودابة فجناية الدابة على العبد هدر ، وبالعكس معتبرة كجناية العبد على عبد آخر اهـ ملخصا (قوله لقيامه) أى الوصى مقام الراهن (قوله فلو كبارا الخ) هذا ظاهر إذا كانو حاضرين ، فلو كانوا غائبين ففى العمادية من الفصل الخامس عن فتاوى رشيد الدين للقاضى : نصب

[فروع] رهن الوصى بعض التركة لدين على الميت عند غريم من غرمائه توقف على رضا البقية ولهم رده ، فإن قضى دينهم قبل الرد نفذ ، ولو اتحد الغريم جاز وبيع فى دينه . وإذا ارتهن بدين للميت على آخر جاز درر .
وفى معين المفتى للمصنف : لايبطل الرهن بموت الراهن ولا بموت المرتهن ولا بموتهما ويبقى الرهن رهنا عند الورثة .

فصل فى مسائل متفرقة

(رهن عصيرا قيمته عشرة بعشرة فتخمر ثم تخلل وهو يساوى العشرة فهو رهن بعشرة) كما كان ، ثم المعتبر فيه الزيادة والنقصان القدر لا القيمة على ما أفاده ابن الكمال وعليه الفتوى ، فإن انتقص شىء من قدره سقط بقدره وإلا فلا .
(ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة) هذا قيد لابد منه ، لأنه لو كان قيمتها أكثر من الدين يكون الجلد

الوصى إذا كان الوارث غائبا ويكتب فى نسخة الوصايا أنه جعله وصيا ووارث الميت غائب مدة السفر اه (قوله توقف على رضا البقية) أى بقية الغرماء (قوله ولهم رده) لأنه إيثار لبعض الغرماء بالإيفاء الحكمى فأشبه الحقيقى هداية (قوله نفذ) لزوال المانع لوصول حقهم إليهم هداية (قوله وإذا ارتهن) أى أخذ الوصى رهنا (قوله جاز) لأنه استيفاء حكما وهو يملكه درر (قوله عند الورثة) أى أو الوصى المختار أو المنصوب وورثة الراهن يقومون مقامه كما سبق ط .
[خاتمة] المرتهن ينفرد بفسخ الرهن والراهن لاينفرد به ، حتى لو قال المرتهن فسخت الرهن ولم يرض الراهن وهلك لايسقط شىء من الدين ، وفى العكس يسقط بقدره كما فى القنية وغيرها .

فصل : فى مسائل متفرقة

(قوله رهن عصيرا الخ) اعلم أن العصير المرهون إذا تخمر ، فإما أن يكون الراهن والمرتهن مسلمين أو كافرين أو الراهن وحده مسلما أو بالعكس ، فلو كافرين فالرهن بحاله تخلل أولا ، وفى الأقسام الباقية إن تخلل فكذلك ، وإلا فهل للمرتهن أن يخلله فيه تفصيل ، فلو مسلمين أو الراهن فقط جاز تخليله لأن المالية وإن تلفت بالتخمر لكن إعادتها ممكنة بالتخليل فصار كتخليص الرهن من الجناية . وإذا جاز ذلك فى المسلمين والخمر ليست بمحل بالنسبة إليهم فلأن يجوز فى المرتهن الكافر بالأولى لأنها محل . وأما لو الراهن كافرا فله أخذ الرهن والدين على حاله لأن الخمرية لاتعدم المالية فى حقه فليس للمرتهن المسلم تخليلها ، فإن خللها ضمن قيمتها يوم خللها ، كما لو غصب خمر ذمى فخللها والخل له ، وتقع المقاصة لو دينه من جنس القيمة ويرجع بالزيادة إن نقصت قيمتها يوم التخليل من دينه عناية ملخصا (قوله فهو رهن بعشرة) أى يبقى رهنا بها ، وإنما لم يبطل لأنه بصدد أن يعود بالتخلل ، ولهذا إذا اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض لايبطل البيع لاحتمال صيرورته خلا درر (قوله ثم المعتبر الخ) يشير إلى ماقاله شراح الهداية وغيرهم من أن ماذكره المصنف كالهداية وغيرها مقيد بما إذا لم ينتقص شىء من كيله وأن قوله وهو يساوى العشرة وقع اتفاقا ، فإنه إذا بقى كيله على حاله وانتقصت قيمته لايسقط شىء من الدين ، لأن الفائت مجرد وصف وبفواته فى المكيلات والموزونات لايسقط شىء من الدين ولكن الراهن يتخير كما إذا انكسر القلب إن شاء افتكه ناقصا بجميع الدين ، وإن شاء ضمنه وتكون قيمته رهنا عندهما . وعند محمد يفتكه ناقصا أو يجعله بالدين كذا فى شرح الكافى ، وإن لم تنتقص قيمته لايخير فيبقى رهنا كما كان إتقانى وعناية (قوله وإلا فلا) إذ لا اعتبار بنقصان السعر كما مر (قوله هذا) أى مايفهم من مساواة القيمة للدين (قوله لأنه لو كان قيمتها أكثر من الدين) كما إذا كان الدين عشرة والشاة بعشرين والجلد بدرهم فالجلد رهن بنصف درهم ،

أيضا بعضه أمانة بحسابه فتنبه (فماتت) بلا ذبح (فدبغ جلدها بما لا قيمة له) فلو له قيمة ثبت للمرتهن حق حبسه بما زاد دباغه ، وهل يبطل الرهن ؟ قولان (وهو) أى الجلد (يساوى درهما فهو رهن به ، بخلاف ما إذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها) حيث لا يعود البيع بقدره على المشهور . والفرق أن الرهن يتقرر بالهلاك والبيع قبل القبض يفسخ به :

(ولو أبق عبد الرهن وجعل) العبد (بالدين ثم عاد يعود الدين والرهن) خلافا لزفر (ونماء الرهن) كالولد والثمر واللبن والصوف والوبر والأرش ونحو ذلك (للراهن) لتولده من ملكه (وهو رهن مع الأصل) تبعا له (بخلاف ما هو بدل عن المنفعة كالكسب والأجرة) وكذا الهبة والصدقة (فإنها غير داخلة فى الرهن وتكون للراهن) الأصل أن كل ما يتولد من عين الرهن يسرى إليه حكم الرهن وما لا فلا مجمع الفتاوى :

(وإذا هلك النماء) المذكور (هلك مجانا) لأنه لم يدخل تحت العقد مقصود (وإذا بقى) النماء أى ولو حكما بأن أكل بالإذن فإنه لايسقط حصة ما أكل منه فيرجع به على الراهن ، كما إذا هلك الأصل بعد الأكل فإنه

لأن بإزاء كل درهم من الشاة نصف درهم من الدين فيكون الجلد رهنا بنصف درهم ويسقط بإزاء اللحم تسعة ونصف وإن كان قيمتها أقل من الدين بأن كانت بخمسة والجلد بدرهم فالجلد رهن بستة ، وإذا هلك الجلد بعد ذلك هلك بدرهم واحد فيرجع على الراهن بالخمسة الباقية من الدين، وتمام بيانه فى الكفاية وغيرها (قوله بلا ذبح) أما إذا ذبحت كانت بتمامها مضمونة ط (قوله بما لاقيمة له) بأن تربه أو شمسه معراج (قوله وهل يبطل الرهن قولان) أحدهما يبطل ويصير الجلد رهنا بقيمة مازاد الدباغ فيه ، حتى لو أداها الراهن أخذ الجلد لأنه صار مرهونا بالدين الثانى حكما . ثانيهما لا يبطل لأن الشئ يبطل بما هو مثله أو فوقه لا بما دونه ، والرهن الثانى هنا دون الأول لأنه إنما استحق حبس الجلد بالمالية التى انصلت بالجلد بحكم الدبغ وهى تبع للجلد ، والرهن الأول بما هو أصل بنفسه وهو الدين فيكون أقوى فلم يرتفع بالثانى ويثبت الثانى أيضا لأنه لايمكن رده كفاية ملخصا (قوله وهو يساوى درهما) يعنى يوم الرهن . وأما إذا كانت قيمته درهمين فهو رهن بدرهمين ويعرف ذلك بأن ينظر إلى قيمة الشاة حية ومسلوخة ، فإن كانت قيمتها حية عشرة ومسلوخة تسعة كانت قيمة الجلد يوم الارتهان درهما وإن كانت قيمتها مسلوخة ثمانية كانت درهمين عناية (قوله على المشهور) وهو قول العامة ، ومن المشايخ من قال بعود البيع كالرهن إتقانى (قوله يتقرر بالهلاك) لأن المرتهن صار مستوفيا بالهلاك فيتأكد عقد الرهن ، فإذا عادت المالية بالدباغ صادفت عقدا قائما فيثبت فيه حكمه بقسطه إتقانى (قوله يفسخ به) أى ينتقض بالهلاك ولا عود بعد انتقاض إتقانى (قوله وجعل العبد) بالبناء للمفعول : أى جعل الراهن أو القاضى العبد بمقابلة دين المرتهن ط (قوله يعود الدين) أى إلا بقدر نقصان عيب الإباق كما يأتى له ط . وفى بعض النسخ : يعود الرهن ، وفى بعضها يعود الدين فى الرهن (قوله وهو رهن مع الأصل) فيكون للراهن حبسه وينقسم الدين عليهما على قدر قيمتهما بشرط بقاء النماء إلى وقت الفكاك ، وإن هلك قبل ذلك لم يسقط بمقابلته شئ ويجعل كأنه لم يكن كما سيوضحه (قوله الأصل أن كل مايتولد من عين الرهن) أى أو يكون بدلا عن جزء من أجزاء عين الرهن كالأرش والعقر هندية (قوله هلك مجانا) أى إلا الأرش فإنه إذا هلك سقط من الدين مابازائه لأنه بدل جزئه فقام مقام المبدل كذا فى القهستانى ح (قوله أى ولو حكما الخ) هذا التعميم هو ماسيصرح به المصنف فى قوله الآتى وإن لم يفتك الرهن الخ (قوله كما إذاهلك الأصل بعد الأكل) الظاهر أنه أراد بقوله أولا بأن أكل بالإذن عكس هذا وهو ما إذا أكل بعد هلاك الأصل ، بأن هلك وبقى نماؤه كالثمرة ثم أكله وإلالزم تشبيه الشئ بنفسه.

يقسم الدين على قيمتهما قهستانى ذكره بقوله (بعد هلاك الأصل فك بحصته) من الدين لأنه صار مقصودا بالفكاك والتبع يقابله شيء إذا كان مقصودا (و) حينئذ (يقسم الدين على قيمته يوم الفكاك وقيمة الأصل يوم القبض ، ويسقط من الدين حصة الأصل وفك النماء بحصته) كما لو كان الدين عشرة وقيمة الأصل يوم القبض عشرة وقيمة النماء يوم الفك خمسة فثلثا العشرة حصة الأصل فيسقط وثلث العشرة حصة النماء فيفك به (ولو أذن الراهن للمرتهن فى أكل الزوائد) أى أكل زوائد الرهن بأن قال له مهما زاد فكله (فأكلها) ظاهره يعم أكل ثمنها ، وبه أفتى المصنف . قال : إلا أن يوجد نقل يخصص حقيقة الأكل فيتبع (فلا ضمان عليه) أى على المرتهن ، لأنه أتلفه بإذن المالك والإطلاق يجوز تعليقه بالشرط والخطر ، بخلاف التمليك (ولا يسقط شيء من الدين) قال فى الجواهر : رجل رهن دارا وأباح السكنى للمرتهن فوقع بسكناه خلل وخرب البعض لا يسقط شيء من الدين لأنه لما أباح له السكنى أخذ حكم العارية ، حتى لو أراد منعه كان له ذلك . وفى المضمرات : ولو رهن شاة فقال له الراهن كل ولدها واشرب لبنها فلا ضمان عليه ، وكذا لو أذن له فى ثمرة البستان فصار أكله كأكل الراهن ثم نقل عن التهذيب أنه يكره للمرتهن أن ينتفع بالرهن وإن أذن له الراهن .

قال المصنف : وعليه يحمل ما عن محمد بن أسلم من أنه لا يحل للمرتهن ذلك ولو بالإذن لأنه ربا .

وعبارة القهستانى : وإن هلك الأصل وبقى النماء ولو حكما ، كما إذا أكل الراهن أو المرتهن أو أجنبى من النماء بالإذن فإنه لم يسقط حصة ما أكل منه فيرجع به على الراهن ، وكما إذا هلك الأصل بعد الأكل فإنه يقسم الدين على قيمتهما ويرجع على الراهن بقيمة ما أكل الكل فى شرح الطحاوى اهـ (قوله كما ذكره بقوله) انظر ما مرجع الضمير المنصوب (قوله فك) أى النماء بحصته ، فلو هلك أيضا بعد هلاك الأصل ذهب بلا شيء كأنه لم يكن وذهب كل الدين بهلاك الأصل ، وتمامه فى غرر الأفكار (قوله والتبع يقابله شيء إذا كان مقصودا) كولد المبيع فإنه يصير مبيعا تبعا ولا يصير له حصة من الثمن إلا إذا صار مقصودا بالقبض عندنا معراج (قوله يوم الفكاك) لأنه إنما صار مضمونا بالفكاك ، إذ لو هلك قبله يهلك مجانا عناية (قوله يوم القبض) لأنه مضمون بالقبض كما تقدم عناية (قوله فيسقط) أى بسبب هلاك الأصل (قوله وبه أفتى المصنف) حيث سئل عمن رهن نخلا وأباح للمرتهن ثمارها هل يملك أن يبيعها ويتموّلها أم يملك الأكل بنفسه فقط ؟ فأجاب ظاهر كلامهم أن له التصرف مطلقا إذ الظاهر أن المراد من قولهم فأكلها أكلها أو أكل ثمنها إلا أن يوجد نقل صريح بتخصيص الأكل دون غيره اهـ من حاشية الحموى ملخصا . وأورد عليه أن المعنى الحقيقى هو الظاهر ومدعى الأعمية محتاج إلى الدليل .

قلت : وسيذكر الشارح عن الجواهر : ولو أباح له نفعه ليس له أن يؤجره تأمل .

وقال السائحانى : أقول ظاهره أن أكل الزوائد المأكولة إنما هو أكل نفسها لا أكل بدلها وهذا أمر مكشوف لكل أحد بالبديهة اهـ نعم يظهر ذلك إذا كانت مما لا يؤكل كما ذكره الرحمتى (قوله لأنه أتلفه بإذن المالك) فيه إشارة إلى أنه لو أتلفه بغير إذنه ضمن وكانت القيمة رهنا مع الشاة ، وكذا لو فعل الراهن ذلك بدون إجازة المرتهن عناية (قوله والإطلاق) أى الإباحة اهـ ح (قوله يجوز تعليقه) لأنه ليس بتمليك إتقانى (قوله بالشرط) وهو قوله هنا مهما زاد فكله (قوله والخطر) بالخاء المعجمة والطاء المهملة : الإشراف على الهلاك كما فى القاموس والمغرب ، والمراد به هنا ما احتمل الوجود والعدم فهو بمعنى الشرط تأمل (قوله وعليه يحمل الخ) بأن يراد من نفى الحل الكراهة (قوله ما عن محمد بن أسلم) الذى فى المنح أول كتاب الرهن عبد الله بن محمد بن مسلم اهـ ح .

قلت : وتعليله يفيد أنها تحريمية فتأمله (وإن لم يفتك) الراهن (الرهن) بل بقى عند المرتهن على حاله (حتى لو هلك) الرهن كما فى يد المرتهن (قسم الدين على قيمة النماء) أى الزيادة (التى أكلها المرتهن وعلى قيمة الأصل، فما أصاب الأصل سقط وما أصاب الزيادة أخذه المرتهن من الراهن) كما فى الهداية والكافى والخانية وغيرها .

وفى الجواهر الأصل أن الإتلاف بإذن الراهن كإتلاف الراهن بنفسه لتسليطه ، وفيها أباح للمرتهن نفعه هل للمرتهن أن يؤجره ؟ قال لا ، قيل فلو أجره ومضت المدة فالأجرة له أم للراهن ؟ قال له إن أجره بلا إذن ، وإن بإذن فللمالك وبطل الرهن . وفيها : رهن كرما وتسلمه المرتهن ثم دفعه للراهن ليسقيه ويقوم بمصالحه لا يبطل الرهن .

رهن كرما وأباح ثمره ثم باع الكرم فقبض المرتهن الثمن ، إن ثمره حصل بعد البيع فللمشترى ، وإن قبله فللراهن إن قضى دين المرتهن وإلا يكون رهنا ويجعل البيع رجوعا عن الإباحة فإنها تقبل الرجوع كما مر . وفيها : زرع المرتهن أرض الرهن ، إن أبيح له الانتفاع لا يجب شىء ، وإن لم يبح لزمه نقصان الأرض وضمان الماء لو من قناة مملوكة فليحفظ .

زرعها الراهن أو غرسها بإذن المرتهن ينبغى أن تبقى رهنا ولا يبطل الرهن فتنبه .
استحق الرهن ليس للمرتهن طلب غيره مقامه .
استحق بعضه إن شائعا يبطل الرهن فيما بقى ، وإن مفروزا بقى فيما بقى ويحبس بكل الدين لكن هلكه بحصته.
آجر داره لغيره ثم رهنها منه صح وبطلت الإجارة ، ولو ارتهن ثم آجره من راهنه

أقول : ماقدمناه عن المنح هناك ومثله فى غيرها موافق لما هنا ولعل النسخ مختلفة (قوله قلت الخ) ظاهره تسليم القول بالكراهة مع الإذن وأنه ربا ، ومقتضاه أنه مضمون ، لكن قدمنا عن المنح أول الرهن أنه مخالف لعامة المعتبرات ، وتقدم بيان ذلك كله مستوفى فراجعه (قوله وما أصاب الزيادة) كثلث العشرة فى مثاله السابق (قوله كإتلاف الراهن بنفسه) فلا يسقط مايقابله من الدين لكونه غير مضمون على المرتهن ، بخلاف الهالك فى يده (قوله قال له الخ) فى التاترخانية : آجر المرتهن الرهن من أجنبى بلا إذن فالغلة له ويتصدق بها عند أبى حنيفة ومحمد ، وله أن يعيده فى الرهن (قوله وبطل الرهن) حتى لايسقط دين المرتهن بهلاكه عند المستأجر ط ولا يعود رهنا إلا بتجديد تاترخانية ، وكذا لو آجر الراهن المرتهن على مامر فى الباب السابق (قوله وتسلمه المرتهن) أما إذا لم يتسلمه لايتم الرهن أولا يصح على الخلاف السابق ط (قوله ثم باع) أى الراهن (قوله فقبض المرتهن الثمن) لأنه إذا جاز البيع يصير الثمن رهنا ، لكن القبض غير شرط فإنه يصير رهنا وإن لم يقبض كما قدمناه أول الباب السابق (قوله وإلا يكون رهنا) أى مع ثمن المبيع الذى قبضه ط (قوله كما مر) أى قريبا فى قوله حتى لو أراد منعه كان له ذلك (قوله لو من قناة مملوكة) هذا خلاف المفتى به من أنه لايضمن إلا ماملكه بالإحراز كما مر فى كتاب الشرب وماء القناة غير محرز (قوله ينبغى أن تبقى رهنا الخ) جزم به فى الخانية فقال : زرع أو سكن بإذن المرتهن لايبطل الرهن وله أن يسترده ، وما دام فى يد الراهن لايضمنه المرتهن (قوله بقى فيما بقى) لأنه يمكن رهن ذلك الباقى ابتداء لعدم الشيوع (قوله لكن هلكه بحصته) أى وإن كان فى قيمته وفاء بجميع الدين كما فى الخانية (قوله ثم رهنها منه) أى من المستأجر (قوله وبطلت الإجارة) ظاهره أنها تبطل بمجرد عقد الرهن وليس كذلك بل لابد من القبض كما فى القنية . وأما عكسه وهو ما إذا آجر الراهن الرهن من المرتهن ينفسخ بمجرد عقد الإجارة ولا يحتاج إلى تجديد قبض كما يفيده كلام البزازية ، لكن فى العمادية أنه لابد منه ، حتى

فالإجارة باطلة :

أبق الرهن سقط الدين كهلاكه ، فإن عاد سقط بحساب نقصه لأن الإباق عيب حدث فيه :

ثم لما فرغ من الزيادة الضمنية ذكر الزيادة القصدية فقال (والزيادة فى الرهن تصح) وتعتبر قيمتها يوم القبض أيضا (وفى الدين لا) تصح خلافا للثانى . والأصل أن الإلحاق بأصل العقد إنما يتصور إذا كانت الزيادة فى معقود به أو عليه والزيادة فى الدين ليست منهما (فإن رهن) نسخ المتن والشرح بالفاء مع أنه نبه فى شرحه على أنه إنما عطفها بالواو لا بالفاء ليفيد أنها مسألة مستقلة لافرع للأولى فتنبه (عبدا بألف فدفع عبدا آخر رهنا مكان الأول وقيمة كل) من العبدين (ألف فالأول رهن حتى يرده إلى الراهن والمرتهن فى الآخر أمين حتى يجعل مكان الأول) بأن يرد الأول إلى الراهن فحينئذ يصير الثانى مضمونا .

(أبرأ المرتهن الراهن عن الدين أو وهبه منه ثم هلك الرهن فى يد المرتهن هلك بغير شىء) استحسانا لسقوط

لو هلك قبل أن يجدد قبضا للإجارة يهلك هلاك الرهن اه وهذا مشكل لأنه قرر فى العمادية أن قبض المضمون بغيره ينوب عن قبض غير المضمون ، وتمامه فى حاشية الأشباه للشرف الغزى ، وقدمنا فى الفصل السابق عن العناية اشتراط تجديد القبض (قوله فالإجارة باطلة) وتكون كما لو أعاره أو أودعه منه فلا تبطل عقد الرهن :

[تنبيه] قال فى النهاية : سئل الإمام أبو الحسن الماتريدى عمن باع داره من آخر بثمن معلوم بيع وفاء وتقابضا ثم استأجرها من المشترى مع شرائط صحة الإجارة وقبضها ومضت مدة هل تلزمه الأجرة قال لا ، فإنه عندنا رهن والراهن إذا استأجر الرهن من المرتهن لاتجب الأجرة اه خيرية . ثم نقل فيها عن البزازية مايوافقه ، وأفتى به غير مرة والكل فى فتاواه المشهورة حامدية فليحفظ فإنه كثير الوقوع (قوله سقط بحساب نقصه) أى سقط من دين المرتهن مانقصته قيمة الآبق بسبب إباقه ط وهذا إذا كان أول إباق كما يشعر به التعليل ، فإن كان أبق قبل ذلك لايسقط شىء بزازية (قوله ثم لما فرغ من الزيادة الضمنية) وهى نماء الرهن ومراده بالضمنية مالم يقع عليه الرهن قصدا ط (قوله والزيادة فى الرهن تصح) مثل أن يرهن ثوبا بعشرة يساوى عشرة ثم يزيد الراهن ثوبا آخر ليكون مع الأصل رهنا بالعشرة عناية (قوله يوم القبض أيضا) أى يوم قبض الزيادة كما تعتبر قيمة الأصل يوم قبضه (قوله وفى الدين لاتصح) المراد أن لايكون الرهن بها مضمونا ، فأما الزيادة فى نفسها فجائزة :

وصورة المسئلة أن يرهن عنده عبدا يساوى ألفين بألف ثم استقرض منه ألفا أخرى على أن يكون العبد رهنا بهما جميعا ، فلو هلك يهلك بالألف الأولى لا بالألفين ولو قضاه ألفا وقال إنما قضيتها عن الأولى له أن يسترد العبد إتقانى (قوله فى معقود به) كالثمن أو عليه كالمبيع ط (قوله والزيادة فى الدين ليست منهما) بل أصل الدين ليس منهما . قال فى العناية : أما إنه غير معقود عليه فظاهر ، وأما أنه ليس بمعقود به فلوجوبه بسببه قبل عقد الرهن ، بخلاف الرهن فإنه معقود عليه لأنه لم يكن محبوسا قبل عقد الرهن ولا يبقى بعده :

[تتمة] قال فى الذخيرة : وفى العيون عن محمد رهن غلامين بألف ثم قال المرتهن احتجت إلى أحدهما فرده على ففعل فإن الباقى رهن بنصف الألف فلو هلك يهلك من الدين نصفه ولكن لايفتكه إلا بجميع الألف اه فليحفظ (قوله مع أنه) أى المصنف (قوله ليفيد أنها مسألة مستقلة) وهى بيان حكم تبديل الرهن الأول برهن آخر (قوله وقيمة كل من العبدين ألف)كذا قيد فى الهداية ، وهو قيد اتفاقى لما فى التاتارخانية عن التجريد : وإن كانت قيمة الأول خمسمائة والثانى ألفا والدين كذلك فهلك يهلك بألف ، وكذا إذا كانت قيمة الثانى خمسمائة والأول ألفا فهلك الثاني في يده هلك بخمسمائة اه ولذا ترك القيد في الخانية (قوله حتى يجعل مكان الأول) لأن

الدين إلا إذا منعه من صاحبه فيصير غاصبا بالمنع :

(ولو قبض المرتهن دينه) كله (أو بعضه من راهنه أو غيره) كمتطوع (أو شرى) المتهم (بالدين عينا أو صالح عنه) أى عن دينه (على شيء) لأنه استيفاء (أوأحال الراهن مرتهنه بدينه على آخر ثم هلك رهنه معه) أى فى يد المرتهن (هلك بالدين ورد ما قبض إلى من أدى) فى صورة إيفاء راهن أو متطوع أو شراء أو صلح (وبطلت الحوالة وهلك الرهن بالدين) لأنه فى معنى الإبراء بطريق الأداء هداية ، ومفاده عدم بطلان الصلح وأن الدين ليس بأكثر من قيمة الرهن وإلا فينبغى أن لا تبطل الحوالة فى قدر الزيادة قهستانى (وكذا) أى كما

الأول إنما دخل فى ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان إلا بنقض القبض مادام الدين باقيا وإذا بقى الأول فى ضمانه لايدخل الثانى فى ضمانه لأنهما رضيا بدخول أحدهما فيه لابدخولهما ، فإذا رد الأول دخل الثانى فى ضمانه ، ثم قيل : يشترط تجديد القبض لأن يدالمرتهن على الثانى يد أمانة ويد الراهن يد استيفاء وضمان فلا ينوب عنه ، وقيل لايشترط وتمامه فى الهداية . وذكر القهستانى أن الأول هو المختار عند قاضيخان ، وأفاد بعض الفضلاء أن عادة صاحب الهداية اختيار الأخير عكس عادة قاضيخان ومقتضاه ترجيح الأول تأمل (قوله إلا إذا منعه من صاحبه) أى عند طلبه منه ثم هلك بعده (قوله أو شرى المرتهن) أى من الراهن (قوله لأنه) أى لأن كل واحد من الشراء والصلح على عين استيفاء عناية أى إذا كان عن قرار فهو استيفاء لأنه يجب على الدائن مثله بالشراء والصلح عنه كفاية أى فيسقط بطريق المقاصة (قوله على آخر) أى سواء كان للراهن عليه دين أولا ، وفيه إشعار بأن للراهن أخذ الرهن من المرتهن بعد الحوالة كما فى موضع من الزيادات ، وفى موضع آخر ليس له قهستانى (قوله هلك بالدين) والفرق أن الإبراء يسقط به الدين أصلا كما قدمه ، وبالاستيفاء لا يسقط ، لما تقرر أن الديون تقضى بأمثالها لا أنفسها لأن الدين وصف فى الذمة لا يمكن أداؤه ، لكن إذا أدى المديون وجب له على الدائن مثله فتسقط المطالبة لعدم الفائدة ، فإذا هلك الرهن بعده تقرر الاستيفاء الأول الحكمى وانتقض الثانى لئلا يصير مستوفيا مرتين (قوله أو متطوع) ويعود إلى ملك المتطوع لاالمتطوع عنه خانية (قوله أو شراء أو صلح) كذا فى المنح والدرر ، ولى فيه نظر : فإن الذى قبضه المرتهن فى صورتى الشراء والصلح هو العين المبيعة والمصالح عليها ، وقد صرح فى النهاية والعناية وغاية البيان أنه إذا هلك الرهن فى هاتين الصورتين يجب على المرتهن رد قيمته ، ولم يقولوا يجب رد العين فاقتضى ذلك أنه لاينتقض الشراء والصلح ، وقد رأيت التصريح بذلك فى الحواشى السعدية ووجهه ظاهر ، لأن ذلك عقد معاوضة فاوجه بطلانه بهلاك الرهن ، بخلاف الاستيفاء بالأداء والحوالة ، هذا ماظهر لى من فيض الفتاح العليم (قوله وهلك الرهن بالدين) أعاده ليبنى عليه التعليل (قوله لأنه) أى لأن عقد الحوالة فى معنى الإبراء بطريق الأداء دون الإسقاط . وفى بعض نسخ الهداية فى معنى البراءة وهى أظهر :

والحاصل كما فى الكفاية أن الحوالة لاتسقط الدين ولكن ذمة المحتال عليه تقوم مقام ذمة المحيل ولهذا يعود الدين إلى ذمة المحيل إذا مات المحتال عليه مفلسا (قوله ومفاده) أى مفاد تقييد المصنف البطلان بالحوالة (قوله عدم بطلان الصلح) قدمنا التصريح به عن السعدية وأنه مقتضى كلام شراح الهداية وإن اقتضى كلامه السابق خلافه ، والشراء مثل الصلح فافهم (قوله وأن الدين الخ) هذا إنما يؤخذ من التعليل الذى ذكره القهستانى : وعبارته : وتبطل الحوالة بالهلاك لحصول الاستيفاء كما فى النظم وغيره ، وفيه إشعار بأن الدين ليس بأكثر من قيمة الرهن وإلا فينبغى أن لاتبطل الحوالة فيما زاد عليها لأن الاستيفاء التام لم يتحقق وإلى أن الصلح لم يبطل اهـ ط :

يهلك الرهن بالدين في الصور المذكورة يهلك به أيضا (لو تصادقا على أن لادين) عليه (ثم هلك) الرهن بالدين لتوهم وجوب الدين بتصادقهما على قيامه فتكون المطالبة به باقية ، بخلاف الإبراء فإنه يسقط الدين أصلا .

(كل حكم) عرف (في الرهن الصحيح فهو الحكم في الرهن الفاسد) كما في العمادية : قال : وذكر الكرخي أن المقبوض بحكم الرهن الفاسد يتعلق به الضمان . وفيها أيضا (وفي كل موضع كان الرهن مالا والمقابل به مضمونا إلا أنه فقد بعض شرائط الجواز) كرهن المشاع (ينعقد الرهن) لوجود شرط الانعقاد لكن (بصفة الفساد) كالفاسد من البيوع (وفي كل موضع لم يكن) الرهن (كذلك) أي لم يكن مالا ولم يكن المقابل به مضمونا (لاينعقد الرهن أصلا) وحينئذ (فإذا هلك هلك بغير شيء) بخلاف الفاسد فإنه يهلك بالأقل من قيمته ومن الدين .

ومن مات وله غرماء فالمرتهن أحق به كما في الرهن الصحيح .

[فرع] رهن الرهن باطل كما حررناه في العارية معزيا للوهبانية : وفي معاياتها قال :

وأي رهين لا يرام انفكاكه ... ومجنيه لو مات بالموت يشطر

أقول : قدم الشارح أول كتاب الإجارة أن المصنف اعتمد أنه إذا فسد العقد في البعض فسد في الكل تأمل (قوله ثم هلك الرهن بالدين) الأولى إسقاط قوله بالدين لأن قوله يهلك به مغن عنه (قوله لتوهم وجوب الدين الخ) لأن الرهن مضمون بالدين عند توهم الوجود كما في الدين الموعود ، وقد بقيت الجهة لاحتمال أن يتصادقا على قيام الدين بعد تصادقهما على عدمه ، بخلاف الإبراء لأنه سقط به درر لكن في التبيين وغيره عن مبسوط شمس الأئمة لو تصادقا قبل هلاك الرهن ثم هلك يهلك أمانة لأنه بتصادقهما ينتفي الدين من الأصل وضمان الرهن لايبقى بدون الدين ، وذكر الإسبيجابي أنه الصواب اهـ . واختار صاحب الهداية هلاكه مضمونا في الصورتين سعدية (قوله فهو الحكم في الرهن الفاسد) أي في حال الحياة والممات ، فلو نقض الراهن العقد بحكم الفساد وأراد استرداد المرهون كان للمرتهن حبسه حتى يؤدي إليه الراهن ماقبض ، وإذا مات الراهن وعليه ديون كثيرة فالمرتهن أولى من سائر الغرماء ، وهذا كله إذا كان الرهن الفاسد سابقا على الدين ، فلو كان بدين على الراهن قبل ذلك لم يكن له حبسه لأنه مااستفاد تلك اليد بمقابلة هذا المال ويكون بعد الموت أسوة للغرماء لأنه ليس له على المحل يد مستحقة بخلاف الرهن الصحيح تقدم أو تأخر ، وتمامه في العمادية والذخيرة والبزازية (قوله يتعلق به الضمان) صوابه لايتعلق لأن المنقول عن الكرخي في العمادية وغيرها أنه يهلك أمانة .

وفي الذخيرة : وروى ابن سماعة عن محمد أنه ليس للمرتهن حبسه لأنه إصرار على المعصية ، ولكن مافي ظاهر الرواية أصح لأن الراهن لما نقض فقد ارتفعت المعصية ، وحبس المرتهن المرهون ليصل إلى حقه لايكون إصرارا لأن الراهن يجبر على تسليم ماقبض ، فإذا امتنع فهو المصر ، ألا ترى أن في الشراء الفاسد للمشتري الحبس إلى استيفاء الثمن اهـ ملخصا (قوله أي لم يكن مالا) كالمدبر وأم الولد فإن للراهن أخذهما لأن رهنهما باطل منح (قوله ولم يكن المقابل به مضمونا) كما لو رهن عينا بخمر مسلم فله أخذها منه والواو بمعنى أو قال في جامع الفصولين : فلو فقد أحدهما لم ينعقد أصلا (قوله بخلاف الفاسد) مستغنى عنه بقول المصنف كل حكم الخ ط (قوله رهن الرهن باطل) أي إذا رهنه الراهن أو المرتهن بلا إذن ، فلو بإذن صح الثاني وبطل الأول ، وقدمنا بيانه في باب التصرف في الرهن (قوله كما حررناه في العارية) حيث قال فيها . وأما الرهن فكالوديعة : وقال المصنف في العارية : ولا تؤجر ولا ترهن كالوديعة اهـ ط (قوله ومجنيه الخ) خبر لمبتدإ محذوف تقديره أي جان وضمير يشطر يعود إلى الواجب بالجناية ط . قال ح : يعني أي جان إذا مات من جنى عليه يجب شطر الدية وإن

هذا تفسير – كل نفس بما كسبت رهينة – والمعنى كل نفس ترتهن بكسبها عند الله تعالى اه ؛

كتاب الجنايات

مناسبته أن الرهن لصيانة المال وحكم الجناية لصيانة الأنفس والمال وسيلة للنفس فقدم ثم الجناية لغة اسم لما يكتسب من الشر ؛ وشرعا اسم لفعل محرم حل بمال أو نفس ، وخص الفقهاء الغصب والسرقة بما حل بمال والجناية بما حل بنفس وأطراف ؛

(القتل) الذى يتعلق به الأحكام الآتية من قود ودية وكفارة وإثم وحرمان إرث (خمسة) وإلا فأنواعه كثيرة كرجم وصلب وقتل حربى ، الأول (عمد ، وهو أن يتعمد ضربه) أى ضرب الآدمى فى أىّ موضع من جسده (ب) آلة تفرق الأجزاء مثل (سلاح) ومثقل لو من حديد جوهرة

عاش تجب الدية كاملة الجواب : ختان قطع الحشفة إن مات الصبى وجب عليه نصف الدية ، وإن عاش وجبت كاملة ، وكذلك فى العبد يجب نصف القيمة وتمامها لأنه حصل التلف بمأذون فيه وهو قطع القلفة ، وغير مأذون فيه وهو قطع الحشفة اه وتقدمت المسألة فى باب ضمان الأجير ، وستأتى أيضا قبيل باب القسامة (قوله هذا التفسير) فى بعض النسخ تفسير بدون أل وهو الأوضح والإشارة إلى قوله وأى رهين الخ أى هذا تفسير وبيان قوله تعالى – كل نفس – الآية ، والله تعالى أعلم ؛

كتاب الجنايات

(قوله وحكم الجناية) هو القصاص أو الدية والكفارة وحرمان الإرث ط (قوله والمال وسيلة) جواب عما يقال كان الأولى تقديم الجنايات لأهميتها بتعلقها بالأنفس ط . قلت : ومامر من مناسبة الرهن لما قبله تغنى عن هذا (قوله اسم لما يكتسب) وهى فى الأصل مصدر ثم أريد به اسم المفعول (قوله والجناية بما حل بنفس وأطراف) أى فى هذا الكتاب وإلا فجنايات الحج لم تتعلق بنفس الآدمى ولا طرف من إطلاق الفقهاء عليها الجناية شرنبلالية (قوله وإلا) أى وإن لم يرد بالقتل هنا القتل المذكور لم يصح الحصر فى الخمسة ؛

والحاصل أن المراد هنا قتل محرم ، فلا يشمل القتل المأذون به شرعا كقصاص ورجم (قوله أن يتعمد ضربه) أى ضرب المقتول ، فيخرج العمد فيما دون النفس سعدى ، ولم يقل أن يتعمد قتله لما سيذكره الشارح قريبا أنه لو أراد يد رجل فأصاب عنقه فهو عمد ، ولو عنق غيره فخطأ ، ولذا قال فى المجتبى : إن قصد القتل ليس بشرط لكونه عمدا وإليه أشار الشارح بقوله فى أى موضع من جسده ، واحترز بالتعمد عن الخطإ وبقوله بآلة الخ عن الباقى (قوله بآلة تفرق الأجزاء) إنما شرط فيها ذلك لأن العمد هو القصد ولا يوقف عليه إلا بدليله ، ودليله استعمال القاتل آلته فأقيم الدليل مقام المدلول ، لأن الدلائل تقوم مقام مدلولاتها فى المعارف الظنية الشرعية منح ، وهو صريح فى أنه يجب القصاص وإن لم يذكر الشهود العمد وبه صرح الإتقانى ؛ وفى أنه لا يقبل قول القاتل لم أقصد قتله ، بخلاف مالو أقر وقال أردت غيره فيحمل على الأدنى وهو الخطأ ، وتمامه فى حاشية الرملى ، وسنذكره إن شاء الله تعالى فى باب الشهادة على القتل (قوله جوهرة) عبارتها العمد ماتعمد قتله بالحديد كالسيف والسكين والرمح والخنجر والنشابة والإبرة والإشفى وجميع ماكان من الحديد ، سواء كان يقطع أو يبضع كالسيف ومطرقة الحداد والزبرة وغير ذلك ، سواء كان الغالب منه الهلاك أم لا . ولا يشترط الجرح فى الحديد فى ظاهر الرواية لأنه

(ومحدد من خشب) وزجاج (وحجر) وإبرة فى مقتل برهان (وليطة) وقوله (ونار) عطف على محدد لأنها تشق الجلد وتعمل عمل الذكاة، حتى لو وضعت فى المذبح فأحرقت العروق أكل، يعنى إن سال بها الدم وإلا لا كما فى الكفاية.

قلت : فى شرح الوهبانية : كل ما به الذكاة به القوة وإلا فلا اه . وفى البرهان : وفى حديد غير محدد كالسنجة روايتان أظهرهما أنها عمد ، وفى المجتبى وإحماء التنور يكفى للقود وإن لم يكن فيه نار . وفى معين المفتى للمصنف : الإبرة إذا أصابت المقتل ففيه القود وإلا فلا اه فيحفظ . وقالا الثلاثة : ضربه قصدا بما لا تطيقه البنية كخشب عظيم عمد (وموجبه الإثم) فإن حرمته أشد من حرمة إجراء كلمة الكفر لجوازه لمكره، بخلاف القتل.

وضع للقتل ، قال تعالى — وأنزلنا الحديد فيه بأس شديد — وكذا كل مايشبه الحديد كالصفر والرصاص والذهب والفضة ، سواء كان يبضع أو يرض : حتى لو قتله بالمثقل منها يجب عليه القصاص كما إذا ضربه بعمود من صفر أو رصاص اه . وروى الطحاوى عن الإمام اعتبار الجرح فى الحديد ونحوه قال الصدر الشهيد : وهو الأصح ، ورجحه فى الهداية وغيرها كما سيأتى فى الفصل الآتى فى مسألة المر .

قلت : وعلى كل فالقتل بالبندقة الرصاص عمد لأنها من جنس الحديد وتجرح فيقتص به ، لكن إذا لم تجرح لا يقتص به على رواية الطحاوى كما أفاده ط عن الشلبى . والإشفى بالشين المعجمة : ما يخرز به كما فى القاموس (قوله ومحدد من خشب) أى بأن نحت حتى صار له حدة يقطع بها ، وليس المراد ما يكون فى طرفه حديد كما وهم لأنه مسألة المر الآتية ، وفيها تفصيل وخلاف (قوله وإبرة فى مقتل) قال فى الاختيار : روى أبو يوسف عن أبى حنيفة فيمن ضرب رجلا بإبرة وما يشبهها عمداً فمات لا قود فيه ، وفى المسلة ونحوها القود لأن الإبرة لا يقصد بها القتل عادة ويقصد بالمسلة . وفى رواية أخرى إن غرز بالإبرة فى المقتل قتل وإلا فلا اه .

وقال فى البزازية : غرزه بإبرة حتى مات يقتص به لأن العبرة للحديد . وقال فى موضع آخر لا قصاص إلا إذا غرزه فى المقتل ، وكذا لو عضه اه . وفى شرح الوهبانية : فى الإبرة القود فى ظاهر الرواية اه . وفى القهستانى وعليه الفتوى اه وجزم بعدمه فى الخانية . أقول : يمكن أن يكون التقييد بالمقتل توفيقا فتأمل (قوله وليطة) بكسر اللام : قشر القصب اللازق به ط عن الحموى (قوله عطف على محدد) أى لا على خشب لأنها ليست من المحدد : قال سعدى : وينبغى أن يكون من قبيل * علفتها تبنا وماء باردا * إذ الواقع فى صورة النار هو الإلقاء فيها لا الضرب بها اه (قوله لأنها تشق الجلد الخ) بيان لكونها من العمد (قوله كما فى الكفاية) قال ط : ونحوه فى الخزانة والنهاية حموى عن المقدسى اه (قوله وفى البرهان الخ) ذكر هذه النقول الثلاثة نقضا لعكس الكلية وهو قوله وإلا فلا ، وهو ظاهر لأن المشروط فى الذكاة فرى الأوداج وإنهار الدم ، وذلك لا يحصل بالسنجة والتنور المحمى والإبرة ولذا أعاد مسألة الإبرة وإن كان ذكرها آنفا فافهم (قوله غير محدد) أى لا حد له (قوله كالسنجة) فى القاموس : سنجة الميزان مفتوحة وبالسين أفصح من الصاد اه . وذكر فى فصل الصاد : الصنج شىء يتخذ من صفر يضرب أحدهما بالآخر ، وآلة بأوتار يضرب بها اه . زاد فى المغرب : ويقال لما يجعل فى إطار الدف من الهنات المدورة صنوج أيضا (قوله أظهرهما أنها عمد) بناء على عدم اشتراط الجرح فى الحديد ونحوه (قوله وإن لم يكن فيه نار) أى على الصحيح قهستانى . وفيه : لو قيد بحبل ثم ألقى فى قدر فيه ماء مغلى جداً فمات من ساعته أو فيه ماء حار فأنضج جسده ومكث ساعة ثم مات قتل به كما فى الظهيرية (قوله بما لا تطيقه البنية) أى البدن . فى القاموس : البنية بالضم والكسر ما بنيته . وبنى الطعام بدنه : سمنه ، ولحمه أنبته (قوله فإن حرمته) الأولى وحرمته ط (قوله أشد من إجراء كلمة الكفر) أى أشد من الكفر الصورى ،

(و) موجبه (القود عينا) فلايصير مالا إلا بالتراضى فيصح صلحا ولو بمثل الدية أو أكثر ابن كمال عن الحقائق (لا الكفارة) لأنه كبيرة محضة ، وفى الكفارة معنى العبادة فلا يناط بها :
قلت : لكن فى الخانية ، لو قتل مملوكه أو ولده المملوك لغيره عمدا كان عليه الكفارة (و) الثانى (شبهه وهوأن يقصد ضربه بغير ما ذكر) أى بما لايفرق الأجزاء ولو بحجر وخشب كبيرين عنده خلافا لغيره

فإنه إذا أكره عليه بملجىء يرخص مع اطمئنان القلب إحياء لنفسه ، ولو أكره بالقتل على قتل غيره لايرخص أصلا لاستواء النفسين ، واحترز به عن الكفر القلبى فإنه أشد ولا يرخص بحال :
وفى الجوهرة : واعلم أن قتل النفس بغير حق من أكبر الكبائر بعد الكفر بالله تعالى وتقبل التوبة منه فإن قتل مسلما ثم مات قبل التوبة منه لا يتحتم دخوله النار بل هو فى مشيئة الله تعالى كسائر أصحاب الكبائر ، فإن دخلها لم يخلد فيها اه : وأما الآية فمؤولة بقتله لإيمانه أو بالاستحلال أو بأن يراد بالخلود المكث الطويل ، وسيذكر الشارح فى آخر الفصل الآتى عن الوهبانية أنه لاتصح توبة القاتل ما لم يسلم نفسه للقود (قوله وموجبه القود) بفتح الواو أى القصاص ، وسمى قودا لأنهم يقودون الجانى بحبل وغيره قاله الأزهرى اه سعدى : ثم إنما يجب القود بشرط فى القاتل والمقتول يذكر فى الفصل الآتى (قوله فلا يصير مالا الخ) تفريع على قوله عينا : أى ليس لولى الجناية العدول إلى أخذ الدية إلا برضا القاتل ، وهو أحد قولى الشافعى ، وفى قوله الآخر الواجب أحدهما لا بعينه ويتعين باختياره والأدلة فى المطولات (قوله فيصح صلحا) أى إذا كان القود عندنا هو الواجب فى العمد فلا ينقلب مالا إلا من جهة الصلح (قوله ولو بمثل الدية أو أكثر) أطلقه فشمل ما لوكان من جنسها أو من غيره حالا أو مؤجلا كما فى الجوهرة ، وأشار إلى خلاف الشافعى ، فإنه على قوله الثانى لوصالح على أكثر من الدية من جنسها لا يصح لأنه يصير ربا ويصح على قوله الأول ، وتمامه فى الكفاية (قوله لأنه كبيرة محضة) وذلك بنص الحديث الصحيح وهو قوله صلى الله عليه وسلم « أكبر الكبائر الإشراك بالله تعالى ، وقتل النفس وعقوق الوالدين ، وقول الزور ، أو قال شهادة الزور » رواه البخارى (قوله وفى الكفارة معنى العبادة) بدليل أن للصوم والإعتاق فيها مدخلا فهى دائرة بين العبادة والعقوبة ، فلا بد أن يكون سببها أيضا دائرا بين الحظر والإباحة لتعلق العبادة بالمباح والعقوبة بالمحظور كالخطأ ، فإن فيه معنى الإباحة : أما العمد فهو كبيرة محضة كالزنا والسرقة والربا ، ولا يقاس على الخطأ لأن الكفارة من المقدرات فلا تثبت بالقياس ولأن الخطأ دونه فى الإثم ، وتمامه فى المطولات (قوله لكن فى الخانية الخ) أى فى آخر فصل المعاقل :
أقول : لكنه مخالف لما فى الشروح كالنهاية والعناية والمعراج من أنه لا كفارة فى العمد وجب فيه القصاص أولا كالأب إذا قتل ابنه عمدا والمسلم إذا قتل من أسلم فى دار الحرب ولم يهاجر إلينا عمدا اه فتأمل (قوله والثانى شبهه) بفتحتين أو بكسر فسكون : أى نظير العمد ويقال له شبه الخطأ لأن فيه معنى العمدية باعتبار قصد الفاعل إلى الضرب ، ومعنى الخطأ باعتبار عدم قصده إلى القتل إذ ليست الآلة آلة قتل اه من الدرر والقهستانى ، وزاد الإتقانى أنه يسمى خطأ العمد (قوله كبيرين) فلو صغيرين فهو شبه عمد اتفاقا (قوله خلافا لغيره) أى للإمامين والأئمة الثلاثة فإنه عمد عندهم لما من تعريفه عندهم :
قال القهستانى : واعلم أن ماذكره من أحكام الإثم والقود والكفارة كما لزم فى العمد وشبهه عنده لزم عندهما إلا أن العمد عندهما ضربه قصدا بما يقتل غالبا وشبه العمد بما لا يقتل غالبا ، فلو غرق فى الماء القليل ومات ليس بعمد ولا شبه عمد عندهم ، ولو ألقى فى بئر أو من سطح أو جبل ولا يرجى منه النجاة كان شبه عمد

(وموجبه الإثم والكفارة ودية مغلظة على العاقلة) سيجيء تفسير ذلك (لا القود) لشبهه بالخطأ نظرا لآلته إلا أن يتكرر منه فللإمام قتله سياسة اختيار (وهو) أى شبه العمد (فيما دون النفس) من الأطراف (عمد) موجب للقصاص، فليس فيما دون النفس شبه عمد (و) الثالث (خطأ وهو) نوعان: لأنه إما خطأ فى ظن الفاعل كـ(أن يرمى شخصا ظنه صيدا أو حربيا) أو مرتدا (فإذا هو مسلم أو) خطأ فى نفس الفعل كأن يرمى (غرضا) أو صيدا (فأصاب آدميا) أو رمى غرضا فأصابه ثم رجع عنه أو تجاوز عنه إلى ما وراءه فأصاب رجلا أو قصد رجلا فأصاب غيره أو أراد يد رجل فأصاب عنق غيره، ولو عنقه فعمد قطعا أو أراد رجلا فأصاب حائطا ثم رجع السهم فأصاب الرجل فهو خطأ لأنه أخطأ فى إصابة الحائط ورجوعه سبب آخر والحكم يضاف لآخر أسبابه ابن كمال عن المحيط. قال: وكذا لو سقط من يده خشبة أو لبنة فقتل رجلا يتحقق الخطأ فى الفعل ولا قصد فيه فكلام صدر الشريعة فيه ما فيه. وفى الوهبانية:

عنده وعمدا عندهما ويفتى بقوله كما فى التتمة اهـ وتمام هذه المسائل يذكر فى الفصل الآتى. وفى المعراج عن المجتبى: يشترط عند أبى حنيفة أى فى شبه العمد أن يقصد التأديب دون الإتلاف (قوله وموجبه الإثم) أى إثم القتل لعمد الضرب اهـ مكى عن البرهان.

والذى يفيده كلام الزيلعى أن عليه إثم الضرب لا القتل حيث قال أثم إثم الضرب لأنه قصده لا إثم القتل لأنه لم يقصده، وهذه الكفارة تجب بالقتل وهو فيه مخطئ ولا تجب بالضرب اهـ. ويدل على ذلك تعليل البرهان بقوله لتعمد الضرب فتعليله ينافى مدعاه، ولو قيل بإناطة الإثم بالقصد، فإن قصد القتل أثم إثمه، وإن قصد الضرب أثم إثمه لكان له وجه اهـ ط (قوله ودية مغلظة) أى من مائة إبل، فلو قضى بالدية فى غير الإبل لم تتغلظ قهستانى، وتؤخذ أرباعا من بنت مخاض وبنت لبون وحقة وجذعة كما يأتى (قوله على العاقلة) أى الناصرة للقاتل قهستانى والأصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا لمعنى يحدث من بعد فهى على العاقلة اعتبارا بالخطإ وتجب فى ثلاث سنين هداية. واحترز بقوله ابتداء عن دية وجبت بالصلح فى القتل العمد أو على الوالد بقتل ولده عمدا كفاية.

والحاصل أن شبه العمد كالخطإ إلا فى حق الإثم، وصفة التغليظ فى الدية زيلعى.

واعلم أن المال الواجب بالعمد المحض يجب فى مال القاتل فيما دون النفس، وفى النفس وفى الخطإ فيهما على العاقلة وفى شبه العمد لو نفسا على العاقلة، وفيما دونها وإن بلغ الدية على القاتل اهـ بزازية (قوله سيجىء تفسير ذلك) أى تفسير الكفارة والدية والمغلظ منها فى كتاب الديات وتفسير العاقلة فى كتاب المعاقل (قوله إلا أن يتكرر منه) ظاهره ولو مرتين، ويدل عليه ما نذكره بعد فى الفصل الآتى (قوله فليس فيما دون النفس شبه عمد) لأنه لا يختص بآلة دون آلة، فلا يتصور فيه شبه العمد، بخلاف النفس، وتمامه فى الزيلعى (قوله والثالث خطأ) قال ابن الكمال: ولو على عبد، إنما قال ذلك لأن المتبادر إلى الوهم من كون العبد مالا أن يكون ما ذكر من قبيل ضمان الأموال فلا يكون على العاقلة اهـ (قوله وهو نوعان) لأن الرمى إلى شىء مثلا مشتمل على فعل القلب وهو القصد وعلى الجارحة وهو الرمى، فإن اتصل الخطأ بالأول فهو الأول، وإن اتصل بالثانى فهو الثانى عناية (قوله ظنه صيدا) انظر هل يعتبر ادعاء الظن أو لابد من تحققه أولا بأن يشهد عليه ط ثم نقل ما لا يتم منه المراد وسنوضح ذلك فى باب الشهادة على القتل إن شاء الله تعالى (قوله غرضا) بمعجمتين بينهما راء متحركة وهو الهدف الذى يرمى إليه (قوله فأصاب رجلا) مرتب على قوله ثم رجع أو تجاوز (قوله ورجوعه بسبب آخر) وهو إصابة الحائط المسببة عن الرمى (قوله فكلام صدر الشريعة فيه ما فيه) فإنه شرط فى الخطإ فى الفعل أن

وقاصد شخص إن أصاب خلافه ... فذا خطأ والقتل فيه معذر
وقاصد شخص حالة النوم إن يمن ... فيقتص إن أبقى دما منه ينهر

(و) الرابع (ماجرى مجراه) مجرى الخطأ (كنائم انقلب على رجل فقتله) لأنه معذور كالمخطئ (وموجبه) أى موجب هذا النوع من الفعل وهو الخطأ وما جرى مجراه (الكفارة والدية على العاقلة) والإثم دون إثم القتل إذ الكفارة تؤذن بالإثم لترك العزيمة (و) الخامس (قتل بسبب كحافر البئر وواضع حجر فى غير ملكه) بغير إذن من السلطان؛ ابن كمال ؛ وكذا وضع خشبة على قارعة الطريق ونحو ذلك إلا إذا مشى على البئر ونحوه بعد علمه بالحفر ونحوه درر (وموجبه الدية على العاقلة لا الكفارة) ولا إثم القتل بل إثم الحفر والوضع فى غير ملكه درر (وكل ذلك يوجب حرمان الإرث)

لايصدر عنه الفعل الذى قصده بل يصدر فعل آخر ؛

ويرد عليه ما مر من أنه إذا رمى غرضا فأصابه ثم رجع عنه أو تجاوز عنه فأصاب رجلا يتحقق الخطأ فى الفعل والشرط مفقود فى الصورتين ، وإذا سقط من يده خشبة أو لبنة فقتل رجلا يتحقق الخطأ فى الفعل ولاقصد فيه أفاده ابن الكمال . قال ط : لكن سيأتى قريبا أنه مما جرى مجرى الخطإ (قوله إن أصاب خلافه) أى شخصا غيره (قوله والقتل فيه معذر) أى القصاص فيه ممتنع (قوله حالة النوم) أى نوم الشخص (قوله إن أبقى دما) أى تركه ينهر ؛ أى يسيل منه ، والذى فى الوهبانية يقطر ، وانظر ما وجه التقييد بحالة النوم : وقد مر أن الإبرة إذا أصابت المقتل ففيه القود ، ولعل وجهه أن محل القصد غير مقتل ، وإذا كان غير نائم وترك دم نفسه يسيل يكون موته منسوبا إليه فليتأمل (قوله والرابع ما جرى مجراه الخ) فحكمه حكم الخطإ فى الشرع ، لكنه دون الخطإ حقيقة فإن النائم ليس من أهل القصد أصلا ، وإنما وجبت الكفارة لترك التحرز عن نومه فى موضع يتوهم أن يصير قاتلا ، والكفارة فى قتل الخطإ إنما تجب لترك التحرز أيضا ، وحرمان الميراث لمباشرة القتل وتوهم أن يكون متناعسا لم يكن نائما قصدا منه إلى استعجال الإرث ، والذى سقط من سطح فوقع على إنسان فقتله أو كان فى يده لبنة أو خشبة فسقطت من يده على إنسان أو كان على دابة فأوطأت إنسانا فقتله مثل النائم لكونه قتلا للمعصوم من غير قصد كفاية (قوله لترك العزيمة) وهى هنا المبالغة فى التثبت ؛ قال فى الكفاية : وهذا الإثم إثم القتل لأن نفس ترك المبالغة في التثبت ليس بإثم وإنما يصير به آثما إذا اتصل به القتل فتصير الكفارة لذنب القتل وإن لم يكن فيه إثم قصد القتل اهـ تأمل (قوله وواضع حجر) أى إذا لم ينحه غيره ، فإن نحاه فعطب به رجل ضمن المنحى كما سيذكره المصنف فى باب ما يحدثه الرجل فى الطريق (قوله فى غير ملكه) قيد للحفر والوضع درر ، فلو فى ملكه فلا تعدى فلادية ولا كفارة ط (قوله من السلطان) الظاهر أن المراد ما يعم نائبه ط (قوله ونحو ذلك الخ) أى نحو الخشبة كقشور بطيخ فيضمن ما تلف به كما أفتى به قارئ الهداية ، وكذا إذا رش الطريق ؛ قال فى الذخيرة : كذا أطلقه فى الكتاب ، قالوا إنما يضمن الراش إذا مر المار على الرش ولم يعلم به بأن كان ليلا أو المار أعمى ، وكذا المرور على الخشبة أو الحجر ؛ ومن المشايخ من فصل بوجه آخر وقال : إن رش بعض الطريق حتى أمكنه المرور فى الجاف لا ضمان ، وإن رش فناء حانوت بإذن صاحبه فالضمان على الآمر استحسانا وتمامه فى التاترخانية ؛

[فرع] تعقل بحجر فسقط فى بئر حفرها رجل فالضمان على واضع الحجر فلو لم يضعه أحد فعلى الحافر ، وكذا لو زلق بماء صبه رجل فوقع فى البئر فالضمان على الصاب ، ولو بماء مطر فعلى الحافر تاترخانية . وفى الجوهرة القول قول الحافر أنه أسقط نفسه استحسانا (قوله وكل ذلك) أى ما تقدم من أقسام القتل الغير المأذون فيه ط

لو الجانى مكلفا ابن كمال (إلا هذا) أى القتل بسبب لعدم قتله وألحقه الشافعى بالخطإ فى أحكامه :

فصل فيما يوجب القود وما لا يوجبه

(يجب القود) أى القصاص (بقتل كل محقون الدم) بالنظر لقاتله درر ، وسيتضح عند قوله وقتل القاتل أجنبى (على التأبيد عمدا) وهو المسلم والذمى لا المستأمن والحربى (بشرط كون القاتل مكلفا) لما تقرر أنه ليس لصبى ومجنون عمد :

فى البزازية : حكم عليه بقود فجن قبل دفعه للولى انقلب دية :

من يجن ويفيق قتل فى إفاقته قتل ، فإن جن بعده ، إن مطبقا سقط ، وإن غير مطبق قتل :

قتل عبد مولاه عمدا لا رواية فيه . وقال أبو جعفر : يقتل قتل عبد الوقف عمدا لا قود فيه :

(قوله لو الجانى مكلفا) فلو صبيا أو مجنونا يرث كما فى شرح السراجية للسيد ط (قوله لعدم قتله) أى مباشرة ، وإنما ألحق بالمباشر فى إيجاب الضمان صيانة للدم عن الهدر على خلاف الأصل فبقى فى الكفارة وحرمان الميراث على الأصل كفاية والله أعلم :

فصل فيما يوجب القود ومالا يوجبه

(قوله محقون الدم) الحقن هو المنع : قال فى المغرب حقن دمه إذا منعه أن يسفك : واحترز به عن مباح الدم كالزانى المحصن والحربى والمرتد والمراد الحقن الكامل ، فمن أسلم فى دار الحرب فقد صار محقون الدم على التأبيد ، ولا يقتص من قاتله هناك لأن كمال الحقن بالعصمة المقومة والمؤثمة وبالإسلام حصلت المؤثمة دون المقومة لأنها تحصل بدار الإسلام ، أفاده فى الكفاية (قوله بالنظر لقاتله) أى لا مطلقا ، فإنه لو قتل القاتل عمدا أجنبى عن المقتول يقتص من الأجنبى للقاتل إن قتله الأجنبى عمداً . قال الوانى : والظاهر أن هذا أعم من أن يكون قبل الحكم أو بعده لاحتمال عفو الأولياء بعد الحكم اه ط (قوله على التأبيد) احترز به عن المستأمن :

ولا يشكل على هذا الحد قتل المسلم ابنه المسلم عمدا حيث لا يقتص منه ، لأن القصاص واجب فى الأصل لكن انقلب مالا بشبهة الأبوة وذلك عارض ، والكلام فى الأصل ولهذا كان الابن شهيدا بهذا القتل فلايغسل ، وكذا قتل عبد الوقف عمدا فإنه لا يجب القود كما يأتى ، لأن القود هو الموجب الأصلى وانقلب مالا لعارض مراعاة نفع الوقف اه ط عن المكى ملخصا (قوله لما تقرر الخ) سيأتى تقريره قبيل فصل الجنين (قوله انقلب دية) أى ولا قصاص عليه استحسانا : ولو جن بعد الدفع له قتله لأن شرط وجوب القصاص عليه كونه مخاطبا حالة الوجوب وذلك بالقضاء ويتم بالدفع ، فإذا جن قبل الدفع تمكن الخلل فى الوجوب فصار كما لو جن قبل القضاء والولوالجية (قوله من يجن) بالبناء للمفعول ويفيق من أفاق ط ومن مبتدأ وقتل الأول مبنى للفاعل حال أو شرط لأداة شرط محذوفة وقتل الثانى مبنى للمفعول خبر بمعنى يحكم بقتله (قوله فإن جن بعده) أى بعد ما قتل فى إفاقته ، والظاهر أن يقيد بما إذا كان جنونه قبل القضاء والدفع أخذا مما قبله فليتأمل (قوله إن مطبقا) بأن كان شهراً أو سنة على اختلافهم فيه والولوالجية (قوله سقط) أى القصاص (قوله وإن غير مطبق قتل) يعنى بعد الإفاقة كما فى الولوالجية وغيرها (قوله وقال أبو جعفر يقتل) وهذا تقدم صريحا عند قول المتن وجنايته على الراهن والمرتهن معتبرة : وقال الحموى لأن القصاص من جهة الآدمية وهو فيها أجنبى عن المولى سائحانى (قوله لاقود فيه) بل ينقلب مالا لكونه أنفع للوقف كما تقدم عن المكى وفى الشرنبلالية : لعل وجهه اشتباه من له حق

قتل ختنه عمدا وبنته فى نكاحه سقط القود اهـ (و) بشرط (انتفاء الشبهة) كولاد أو ملك أو أعم كقوله : اقتلنى فقتله (بينهما) كما سيجىء (فيقتل الحر بالحر وبالعبد) غير الوقف كما مر خلافا للشافعى ؛

ولنا إطلاق قوله تعالى — أن النفس بالنفس — فإنه ناسخ لقوله تعالى — الحر بالحر — الآية كما رواه السيوطى فى الدرر المنثور عن النحاس عن ابن عباس : على أنه تخصيص بالذكر فلا ينفى ما عداه ؛ كيف ولو دل لوجب أن لا يقتل الذكر بالأنثى ولا قائل به ؛ قيل ولا الحر بالعبد ورد بدخوله بالأولى :

ولأبى الفتح البستى نظما قوله :

خذوا بدمى هذا الغزال فإنه ... رمانى بسهمى مقلتيه على عمد

ولا تقتلوه إننى أنا عبـــده ... ولم أر حرا قط يقتل بالعبد

فأجابه بعض الحنفية رادا عليه بقوله :

خذوا بدمى من رام قتلى بلحظه ... ولم يخش بطش الله فى قاتل العمد

وقودوا به جبرا وإن كنت عبده ... ليعلم أن الحر يقتل بالعبد

القصاص لأن الوقف حبس العين على ملك الواقف عند الإمام وعندهما على حكم ملك الله تعالى ، ولم يتعرض لما يلزم القاتل ولعله القيمة فلينظر اهـ ؛

أقول : قال فى وقف البحر : ولا يخفى أنه تجب قيمته ، كما لو قتل خطأ ويشترى بها المتولى عبدا ويصير وقفا كما لو قتل المدبر خطأ وأخذ المولى قيمته فإنه يشترى بها عبدا ويصير مدبرا ، وقد صرح به فى الذخيرة اهـ (قوله قتل ختنه) الختن : هو كل من كان من قبل المرأة مثل الأب والأخ هكذا عند العرب ، وعند العامة زوج ابنته مغرب ، والمراد هنا الثانى (قوله سقط القود) لأنها ورثت قصاصا على أبيها اهـ ح ؛

أقول : بل قد ثبت لها ابتداء لا إرثا كما أورده الشارح على صدر الشريعة فيما سيأتى عند قول المصنف ، ويسقط قود ورثه على أبيه (قوله أو أعم كقوله اقتلنى) هذا سقط من بعض النسخ ، وفى بعضها أو أمر بدل قوله أو أعم وهو أولى ، وسيأتى آخر الفصل أنه تجب الدية فى ماله فى الصحيح (قوله كما سيجىء) أى من المسائل الثلاث فى هذا الفصل متنا (قوله خلافا للشافعى) فعنده لا يقتل الحر بالعبد (قوله أن النفس) بفتح الهمزة لأنه معمول لقوله تعالى — وكتبنا عليهم فيها — (قوله على أنه تخصيص بالذكر الخ) الاقتصار فى الآية على الحر وهو بعض ما شمله قوله تعالى — أن النفس بالنفس — لا يقتضى نفى الحكم عن العبد فهو كالمقابلة فى قوله تعالى — والأنثى بالأنثى — ولم يمنع قتل الذكر بالأنثى : قال الزيلعى : وفى مقابلة الأنثى بالأنثى دليل على جريان القصاص بين الحرة والأمة (قوله قيل ولا الحر بالعبد) صوابه ولا العبد بالحر كما هو فى المنح اهـ ح ، يعنى أنه قيل فى الإيراد على الشافعى : لو دل قوله تعالى — الحر بالحر والعبد بالعبد — على أن الحر لا يقتل بالعبد للتخصيص بالذكر لوجب أن لا يقتل العبد بالحر (قوله ورد) أى هذا القيل لأنه إذا قتل الحر بالحر بعبارة النص يقتل العبد به بدلالة الأولى لأنه دونه كما دلت حرمة التأفيف على حرمة الضرب وأصل الإيراد لصدر الشريعة والراد عليه منلاخسرو وابن الكمال (قوله ولأبى الفتح الخ) ساقط من بعض النسخ (قوله خذوا بدمى الخ) لا يخفى ما فيه من عدم صدق المحبة (قوله ولا تقتلوه الخ) فيه منافاة لما قبله فإن الأخذ بالدم يقتضى القتل ولا يصح أن يحمل على الدية لأن العبد لا تجب ديته على مولاه ط (قوله ولم أر حرا قط يقتل بالعبد) فى بعض النسخ وفى مذهبى لا يقتل الحر بالعبد (قوله ليعلم الخ) فيه أن الحر لا يقتل بعبد نفسه فإن أراد عبد غيره لا يناسب قوله وإن كنت عبده اهـ ح ؛

(والمسلم بالذمى) خلافا له (لا هما بمستأمن بل هو بمثله قياسا) للمساواة لا استحسانا لقيام المبيح هداية ومجتبى ودرر وغيرها .

قال المصنف : وينبغى أن يعوّل على الاستحسان لتصريحهم بالعمل به إلا فى مسائل مضبوطة ليست هذه منها ، وقد اقتصر منلا خسرو فى متنه على القياس اهـ ، يعنى فتبعه المصنف رحمه الله تعالى على عادته .

قلت : ويعضده عامة المتون حتى الملتقى (و) يقتل (العاقل بالمجنون والبالغ بالصبى والصحيح بالأعمى والزمن وناقص الأطراف والرجل بالمرأة) بالإجماع .

(والفرع بأصله وإن علا لا بعكسه) خلافا لمالك فيما إذا ذبح ابنه ذبحا أى لايقتص الأصول وإن علوا مطلقا ولو إناثا من قبل الأم فى نفس أو أطراف بفروعهم وإن سفلوا لقوله عليه الصلاة والسلام « لايقاد الوالد

أقول : المراد إظهار الحكم بأسلوب لطيف ، فلا يدقق عليه بمثل ذلك وإلا لزم أن يعترض بأنه قال من رام ولم يصرح بالقتل ، وبأن القتل بمجرد اللحظ لايقاد به إذ لايصدق عليه تعريف العمد ، وقد نظمت ذلك خاليا عن الطعن مع الأدب ، ومراعاة ماللحبيب على من أحب فقلت :

دعوا من برمح القدّ قد قدّ مهجتى وصارم لحظ سله لى على عمد

فلا قود فى قتل مولى لعبده وإن كان شرعا يقتل الحر بالعبد

(قوله والمسلم بالذمى) لإطلاق الكتاب والسنة وحديث ابن السلمانى ومحمد بن المنكدر « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى برجل من المسلمين قد قتل معاهدا من أهل الذمة فأمر به فضرب عنقه وقال أنا أولى من وفى بذمته » وقال على رضى الله عنه : إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا ، ولهذا يقطع المسلم بسرقة مال الذمى مع أن أمر المال أهون من النفس : ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام « لايقتل مؤمن بكافر ، ولا ذو عهد فى عهده » ولايقتل مؤمن ولا ذمى بكافر حربى ، فقوله ولا ذو عهد : أى ذمى عطف على مؤمن ؛ ولئن صح أنه روى ذى عهد بالجر فعلى الجوار توفيقا بين الروايتين ، وتمامه فى الزيلعى (قوله خلافا له) أى لسيدنا الإمام الشافعى (قوله لاهما بمستأمن) أى لايقتل المسلم والذمى بمستأمن فإنه غير محقون الدم على التأبيد فإنه على عزم العود والمحاربة اختيار (قوله للمساواة) أى بين المستأمنين من حيث حقن الدم (قوله لقيام المبيح) وهو عزمه على المحاربة بالعود (قوله وينبغى أن يعوّل على الاستحسان) يؤيده مافى الهندية عن المحيط أنه ظاهر الرواية ط (قوله ويعضده) أى القياس (قوله عامة المتون) كالوقاية والإصلاح والغرر ، ولم يذكر المسألة فى الكنز والمجمع والمواهب ودرر البحار ؛ وأما فى الهداية فقال : ويقتل المستأمن بالمستأمن قياسا ، ولا يقتل استحسانا ، ومثله فى التبيين والجوهرة ، نعم قال فى الاختيار : وقيل لايقتل وهو الاستحسان (قوله والبالغ بالصبى) قتل صبيا خرج رأسه واستهل فعليه الدية ، ولو خرج نصفه مع الرأس أو الأكثر مع القدمين ففيه القود ، وكذا الحكم فى قطع عضو من أعضائه مجتبى وتاترخانية عن المنتقى (قوله والصحيح) عبر ابن الكمال بالسالم ، ثم قال لم يقل والصحيح لأن المفقود فى الأعمى هو السلامة دون الصحة ، ولذا احتيج إلى ذكر سلامة العينين بعد ذكر الصحة فى باب الجمعة (قوله والزمن) هو من طال مرضه زمانا مغرب (قوله وناقص الأطراف) لما تقدم من العمومات ، ولأنا لو اعتبرنا التفاوت فيما وراء العصمة من الأطراف والأوصاف امتنع القصاص وأدى ذلك إلى التقاتل والتغابن اختيار ، حتى لو قتل رجلا مقطوع اليدين والرجلين والأذنين والمذاكير ومفقود العينين يجب القصاص إذا كان عمدا جوهرة عن الخجندى (قوله لابعكسه) الأصوب حذف الباء (قوله أى لايقتص الخ)

بولده » وهو وصف معلل بالجزئية فيتعدى لمن علا لأنهم أسباب فى إحيائه فلا يكون سببا لإفنائهم ، وحينئذ فتجب الدية فى مال الأب فى ثلاث سنين لأن هذا عمد والعاقلة لا تعقل العمد .

وقال الشافعى : تجب حالة كبدل الصلح زيلعى وجوهرة ، وسيجىء فى المعاقل .

وفى الملتقى : ولاقصاص على شريك الأب أوالمولى أوالمخطىء أوالصبى أو المجنون وكل من لا يجب القصاص بقتله مما لما تقرر من عدم تجزىء القصاص فلا يقتل العامد عندنا خلافا للشافعى برهان (ولاسيد بعبده) أى بعبد نفسه (ومدبره ومكاتبه وعبد ولده) هذا داخل تحت قولهم : ومن ملك قصاصا على أبيه سقط كما سيجىء (ولا بعبد يملك بعضه) لأن القصاص لايتجزأ (ولا بعبد الرهن حتى يجتمع العاقدان) وقال محمد : لاقود وإن اجتمعا جوهرة ، وعليه يحمل ما فى الدرر معزيا للكافى كما فى المنح ، لكن فى الشرنبلالية عن الظهيرية أنه أقرب إلى الفقه .

بقى لو اختلفا فلهما القيمة تكون رهنا مكانه ، ولو قتل عبد الإجارة فالقود للمؤجر . وأما المبيع إذا قتل فى يد بائعه قبل القبض ، فإن أجاز المشترى البيع فالقود له ، وإن رده فللبائع القود ، وقيل القيمة جوهرة

تفسير لقوله لا بعكسه (قوله ولو إناثا من قبل الأم) تفسير للإطلاق فلا يقتل الجد لأب أو أم وإن علا وكذا الجدات (قوله بفروعهم) متعلق بقوله لايقتص (قوله فلا يكون سببا لإفنائهم) أى كلا أوجزءا ليدخل الأطراف فافهم (قوله وفى الملتقى الخ) قال فى الجوهرة : ولو اشترك رجلان فى قتل إنسان أحدهما يجب عليه القصاص لو انفرد والآخر لايجب عليه القصاص كالأجنبى والأب والخاطىء والعامد ، أو أحدهما بالسيف والآخر بالعصا فإنه لايجب عليهما القصاص وتجب الدية ، والذى لايجب عليه القصاص لوانفرد تجب الدية على عاقلته كالخاطىء ، والذى يجب عليه القصاص لوانفرد تجب الدية فى ماله وهذا فى غير شريك الأب ، فأما الأب والأجنبى إذا اشتركا تجب الدية فى مالهما لأن الأب لو انفرد تجب الدية فى ماله اه وسيأتى تمامه آخر الباب الآتى (قوله لاسيد بعبده الخ) لأن عبده ماله ، فلا يستحق المطالبة على نفسه ، والمدبر مملوك ، والمكاتب رقيق مابقى عليه درهم ، وعبد ولده فى حكم ملكه لحديث « أنت ومالك لأبيك » لكن عليه الكفارة فى الكل كما فى الجوهرة (قوله هذا) أى قوله وعبد ولده وأراد به بيان العلة (قوله كما سيجىء) أى قريبا (قوله ولا بعبد الرهن) أى ولا يقتل قاتل عبد الرهن حتى يجتمع الراهن والمرتهن ، لأن المرتهن لاملك له فلا يلى القصاص والراهن لوتولاه لبطل حق المرتهن فى الرهن ، فيشترط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه اه درر .

وفيه أن استيفاء المرتهن قد تم بهلاك الرهن فما الداعى لرضاه بعد سقوط حقه : وأجيب بأن الاستيفاء غير متقرر لاحتمال عدم القود إما بالصلح أو بدعوى الشبهة بالقتل فيصير خطأ اه ط (قوله وعليه) أى على قول محمد يحمل مافى الدرر من أنه لاقود وإن اجتمعا (قوله أنه) أى مافى الدرر أقرب إلى الفقه لاشتباه من له الطلب كمكاتب ترك وفاء ووارثا ، لكن قال الزيلعى : والفرق بينهما ظاهر فإن المرتهن لايستحق القصاص لأنه لاملك له ولا ولاء فلم يشبه من له الحق ، بخلاف المكاتب كما يأتى (قوله بقى لو اختلفا) أى طلب أحدهما القصاص والآخر الدية ، وهذا محترز قوله حتى يجتمع العاقدان (قوله فالقود للمؤجر) لأنه المالك ولم يبق للمستأجر حق فيه ولا فى بدله (قوله فإن أجاز المشترى البيع) أى أمضاه على حاله ولم يختر فسخه والرجوع بالثمن على البائع لأنه لم يكن موقوفا وإلا لما صحت الإجازة بعد هلاكه تأمل (قوله فالقود له) أى للمشترى لأنه المالك زيلعى (قوله وإن رده) أى فسخ البيع ورجع بالثمن (قوله فللبائع القود) لأن البيع ارتفع وظهر أنه المالك زيلعى (قوله وقيل القيمة) هو قول أبى يوسف لأنه لم يثبت له القصاص عند الجراحة لأن الملك كان للمشترى جوهرة

(ولا بمكاتب) وكذا ابنه وعبده شرنبلالية (قتل عمدا) لاحاجة لقيد العمد لأنه شرط فى كل قود (عن وفاء ووارث وسيد وإن اجتمعا) لاختلاف الصحابة فى موته حرا أو رقيقا فاشتبه الولى فارتفع القود (فإن لم يدع وارثا غير سيده سواء ترك وفاء أولا أو ترك وارثا ولا وفاء أقاد سيده) لتعينه . وفى أولى الصور الأربع خلاف محمد.

(ويسقط قود) قد (ورثه على أبيه) أى أصله لأن الفرع لايستوجب العقوبة على أصله .

وصورة المسألة فيما إذا قتل الأب أب امرأته مثلا ولاوارث له غيرها ثم ماتت المرأة فإن ابنها منه يرث القود الواجب على أبيه فسقط لما ذكرنا . وأما تصوير صدر الشريعة فثبوته فيه للابن ابتداء لا إرثا عند أبى حنيفة وإن اتحد الحكم كما لا يخفى .

(قوله وكذا ابنه وعبده) الضمير للمكاتب (قوله عن وفاء) أى عن مال يفى ببدل كتابته (قوله فاشتبه الولى) فإن قلنا مات حرا فالولى وارثه أورقيقا فسيده (قوله لتعينه) أى تعين الولى فى الثلاث وهو السيد (قوله وفى أولى الصور الأربع) سبق قلم تبع فيه ابن كمال : قال ح : وصوابه ثانية الصور الأربع ، وهى ما إذا لم يدّع وارثا غير سيده وترك وفاء لأن خلاف محمد فيها كما فى الهداية اه .

له أنه اشتبه سبب الاستيفاء فإن الولاء له مات حرا والملك إن مات عبدا . ولهما أن الاستيفاء للمولى بيقين على التقديرين .

ثم اعلم أن القود فى الرابعة وهى ما إذا ترك وارثا ولا وفاء له قيده شيخ الإسلام كما فى الكفاية بما إذا لم يكن فى قيمته وفاء بالمكاتبة أيضا ، فإن كان فيها وفاء لاقصاص وتجب القيمة على القاتل فى ماله ، لأن موجب العمد وإن كان هو القصاص إلا أنه يجوز العدول إلى المال بغير رضا القاتل مراعاة لحق من له القصاص ، كما إذا كانت يد القاطع شلاء كان للمقطوع يده العدول إلى المال بلا رضاه مراعاة لحقه لما لم يجب مثل حقه بكماله فكذا هنا لأن القيمة أنفع له لأنه يحكم بحريته وحرية أولاده إذا أدى البدل منها وبالقصاص يموت عبد أو لاينتفع به فكان القول بوجوب القيمة أولى اه وأقره فى الدر المنتقى والقهستانى (قوله ورثه على أبيه) أى استحقه قهستانى فيشمل ثبوته ابتداء ، ويوافقه قول الشارح قبله ومن ملك قصاصا الخ ، وبه يندفع الإيراد الآتى ، لكن فيه أن صورة ثبوت القود للفرع على أصله ابتداء تقدمت فى قوله لابعكسه فلذا عبرهنا بالإرث فتدبر (قوله أى أصله) لما فى الخانية : لو كان فى ورثة المقتول ولد القاتل أو ولد ولده وإن سفل بطل القصاص وتجب الدية اه (قوله مثلا) أى أو أخاها أو ابنها من غيره (قوله ثم ماتت المرأة) كذا أطلقوه ، وينبغى أن يكون موتها بعد ما أبانها زوجها القاتل حتى يظهر كون العلة هى إرث ابنه قصاصا عليه وإلا كان وارثا منها جزءا من القصاص فيسقط عنه القصاص بذلك أيضا .

قال فى التاترخانية : ثلاثة إخوة قتل أحدهم أباهم عمدا فللباقين قتله ، فإن مات أحدهما لم يكن للثالث قتله لأن القاتل ورث جزءا من نصيب الميت من القصاص فسقط عنه وانقلب نصيب الآخر مالا فعليه للآخر ثلاثة أرباع الدية فى ماله فى ثلاث سنين اه ملخصا .

وفى القهستانى : قتل أحد الأخوين لأب وأم أباهما عمدا والآخر أمهما فللأول قتل الثانى بالأم ويسقط القود عن الأول لأنه ورث من الأم الثمن من دم نفسه فسقط عنه ذلك القدر وانقلب الباقى مالا فيغرم لورثة الثانى سبعة أثمان الدية اه وتمامه فيه (قوله وأما تصوير صدر الشريعة) حيث قال : أى إذا قتل الأب شخصا وولى القصاص ابن القاتل يسقط اه . وصورة ذلك أن يقتل أم ابنه عمدا أو أخا ولده من أمه جوهرة (قوله فثبوته فيه للابن ابتداء لا إرثا) بدليل أنه يصح عفو الوارث قبل موت المورث والمورث يملك القصاص بعد الموت

وفى الجوهرة : لو عفا المجروح أو وارثه قبل موته صح استحسانا لانعقاد السبب لهما ؛
(لا قود بقتل مسلم مسلما ظنه مشركا بين الصفين) لما مر أنه من الخطأ وإنما أعاده ليبين موجبه بقوله (بل) القاتل (عليه كفارة ودية) قالوا هذا إذا اختلطوا ، فإن كان فى صف المشركين لا يجب شىء لسقوط عصمته ؛ قال عليه الصلاة والسلام « من كثر سواد قوم فهو منهم » ؛

قلت : فإذا كان مكثر سوادهم منهم وإن لم يتزى بزيهم فكيف بمن تزيا قاله الزاهدى ؛ قال المصنف : حتى لو تشكل جنى بما يباح قتله كحية فينبغى الإقدام على قتله ثم إذا تبين أنه جنى فلا شىء على القاتل ؛ والله أعلم (ولا يقاد إلا بالسيف) وإن قتله بغيره خلافا للشافعى ؛ وفى الدرر عن الكافى : المراد بالسيف السلاح ؛

قلت : وبه صرح فى حج المضمرات حيث قال : والتخصيص باسم العدد لا يمنع إلحاق غيره به ، ألا ترى أنا ألحقنا الرمح والخنجر بالسيف فى قوله عليه الصلاة والسلام « لا قود إلا بالسيف » فما فى السراجية : من له قود قاد بالسيف ، فلو ألقاه فى بئر أو قتله بحجر أو بنوع آخر عزر وكان مستوفيا يحمل على أن مراده بالسيف السلاح ، والله أعلم ؛

وهو ليس بأهل للتملك فى ذلك الوقت فيثبت للوارث ابتداء اهـ جوهرة ؛ ثم أجاب بأنه يثبت عند البعض بطريق الإرث ؛ وأجاب فى المجتبى بأن المستحق للقصاص أولا هو المقتول ثم يثبت للوارث بطريق الخلافة والوراثة بدليل أن المجروح إذا عفا سقط القصاص ولو لم يثبت له أولا لما سقط بعفوه اهـ تأمل (قوله لو عفا المجروح الخ) أراد به الحر ، إذ العبد لا يصح عفوه لأن القصاص لمولاه لا له شرنبلالية عن البدائع ؛ ثم إنه لم يبين هل العفو عن الجراحة أو عن الجراحة وما يحدث منها أو عن الجناية ؟ وهل ذلك فى العمد أو الخطأ ؟ وهل تجب الدية فى مال الجانى أو على العاقلة أو تسقط ؟ وسيأتى تفصيل ذلك إن شاء الله تعالى فى فصل فى الفعلين (قوله لانعقاد السبب لهما) أى للمجروح أصالة وللوارث نيابة قبل موت المجروح ، تأمل وارجع إلى ما فى المنح عن الجوهرة (قوله لما مر) أى فى قوله كأن يرمى شخصا ظنه صيدا أو حربيا (قوله ليبين موجبه) فيه أنه بين موجب الخطإ فيما تقدم فهو تكرار اهـ ح (قوله قلت الخ) هو من كلام الزاهدى فى المجتبى وإن أوهم كلام المصنف فى المنح خلافه ؛

[تنبيه] قال فى المعراج : علم مسلما بعينه قد جاء به العدو مكرها فعمده بالرمى وهو يعلم حاله يجب القود قياسا ولا يجب استحسانا ، لأن كونه فى موضع إباحة القتل يصير شبهة فى إسقاط القصاص ، وعليه الدية فى ماله ولا كفارة ؛ ولو قال وليه قصدته برميك بعد علمك أنه مكره وقال الرامى بل قصدت المشركين فالقول للرامى لتمسكه بالأصل وهو إباحة الرمى إلى صفهم اهـ وتمامه فيه (قوله فينبغى الإقدام على قتله) أى ينبغى جواز الإقدام عليه والأولى حذف الفاء لأنه جواب لو ؛

وفى الأشباه من أحكام الجان : لا يجوز قتل الجنى بغير حق كالإنسى ؛ قال الزيلعى قالوا : ينبغى أن لا تقتل الحية البيضاء التى تمشى مستوية لأنها من الجان ، لقوله عليه الصلاة والسلام « اقتلوا ذا الطفيتين والأبتر ، وإياكم والحية البيضاء فإنها من الجن » وقال الطحاوى : لا بأس بقتل الكل ، لأنه عليه الصلاة والسلام عاهد الجن أن لا يدخلوا بيوت أمته ولا يظهروا أنفسهم ، فإذا خالفوا فقد نقضوا العهد فلا حرمة لهم ، والأولى هو الإنذار والإعذار ، فيقال لها ارجعى بإذن الله أو خلى طريق المسلمين ، فإن أبت قتلها ، والإنذار إنما يكون خارج الصلاة اهـ وتمامه هناك (قوله خلافا للشافعى) حيث قال يقتل بمثل ما قتل به إلا إذا قتل باللواطة أو إيجار الخمر فيقتل بالسيف (قوله أو بنوع آخر) أى من غير السلاح كأن ساق عليه دابته أو ألقاه فى نار ؛

(ولأبى المعتوه القود) تشفيا للصدر (و) إذا ملكه ملك (الصلح) بالأولى (لا العفو) مجانا (بقطع يده) أى فى يد المعتوه (وقتل قريبه) لأنه إبطال حقه ولا يملكه (وتقييد صلحه بقدر الدية أو أكثر منه ، وإن وقع بأقل منه لم يصح) الصلح (وتجب الدية كاملة) لأنه أنظر للمعتوه (والقاضى كالأب) فى جميع ما ذكرنا فى الأصح كمن قتل ولاولى له للحاكم قتله والصلح لا العفو لأنه ضرر للعامة (والوصى) كالأخ

هو الناقص العقل من غير جنون منح (قوله ولأبى المعتوه القود) لأنه من الولاية على النفس لأنه شرع للتشفى فيليه الأب كالإنكاح ولكن كل من ملك الإنكاح لايملك القود فإن الأخ يملك الإنكاح ولا يملك القود لأنه شرع لتشفى الصدر ، وللأب شفقة كاملة يعد ضرر الولد ضرر نفسه فلذا جعل التشفى للأب كالحاصل للابن بخلاف الأخ كذا فى شروح الهداية :

واعترضهم الإتقانى بأن الأخ يملكه أيضا إذا لم يكن ثمة أقرب منه ، فإن كان ثمة أقرب منه لم يملك الإنكاح أيضا ، لأن من يستحق الدم هو الذى يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى الذكر والأنثى فى ذلك سواء حتى الزوج والزوجة وبه صرح الكرخى اهـ . وفيه نظر ، لأنه إذا قتل ابن المعتوه مثلا كان هو المستحق لدمه لأنه المستحق لماله . وإذا كان للمعتوه أخ أو عم ولا أب له كيف يقال إن الأخ أو العم يستحق دم ابن المعتوه فى حياة المعتوه مع أنه لا ولاية له على المعتوه أصلا : على أن وصى المعتوه الذى له الولاية عليه ليس له القود فكيف الأخ الذى لاولاية له ، نعم لو كان المقتول هو المعتوه نفسه صح ماقاله وكأنه اشتبه عليه الحال ولهذا قال فى السعدية إن الكلام فيما إذا قتل ولى المعتوه كابنه وأبو المعتوه حى لا فيما إذا قتل المعتوه اهـ (قوله ملك الصلح بالأولى) لأنه أنظر فى حق المعتوه هداية (قوله بقطع يده وقتل وليه) تنازعه كل من القود والصلح والعفو (قوله وقتل وليه) أى ولى المعتوه كابنه وأمه منح وفى بعض النسخ : وقتل قريبه وهو أظهر ، وبه فسر الولى فى النهاية . ثم قال يعنى إذا كان للمعتوه ابن فقتل ابنه فلأبى المعتوه وهو جد المقتول ولاية استيفاء القصاص وولاية الصلح اهـ (قوله لأنه إبطال حقه) علة لقوله لاالعفو مجانا (قوله وتقييد صلحه) أى صلح الأب (قوله وإن وقع بأقل منه لم يصح الصلح) اعترضه الإتقانى بأن محمدا لم يقيده بقدر الدية بل أطلق :

وفى مختصر الكرخى : وإذا وجب لرجل على رجل قصاص فى نفس أو فيما دونها فصالحه على مال جاز قليلا كان أو كثيرا . ونقل الشلبى عن قارئ الهداية أن هذا الاعتراض وهم . قال أبو السعود : كيف يكون وهما مع ماصرح به الكرخى اهـ :

أقول : عبر فى النهاية وغيرها من شروح الهداية بدل قوله لم يصح الصلح بقوله لم يجز الحط ، وإن قل يجب كمال الدية اهـ . فأفاد أن الصلح صحيح دون الحط ولذا وجب كمال الدية وإلا كان الواجب القود ، وبه يحصل التوفيق بين كلامهم ، فما صرح به الكرخى وأفاده كلام الإمام محمد من صحة الصلح المراد به صحته بالزام تمام الدية ، وهو مراد من قال لم يجز الحط ، وقول الشارح هنا تبعا للمنح لم يصح الصلح مراده لم يلزم بذلك القدر الناقص ، ولو عبر بما قاله شراح الهداية لكان أنسب ، وبه ظهر أن اعتراض الإمام الإتقانى فى غير محله ، فاغتنم هذا التحرير (قوله لأنه أنظر للمعتوه) الواقع فى كلامهم ذكر هذا التعليل عند قوله ملك الصلح كما قدمناه ، والظاهر التعليل هنا بأن فيه إبطال حقه نظير ماقبله (قوله والصلح) ينبغى على قياس ماتقدم فى الأب أن يتقيد صلحه بقدر الدية أو أكثر ط : أى فلا يجوز الحط بالأولى (قوله والوصى كالأخ يصالح) الوصى مبتدأ وجملة يصالح خبر وكالأخ حال والكاف فيه للتنظير ، والصواب إسقاطه ، لكن قال الرحمتى أى فى كونه لايملك القود لافى أن

(يصالح) عن القتل (فقط) بقدر الدية ، وله القود فى الأطراف استحسانا لأنه يسلك بها مسلك الأموال (والصبى كالمعتوه) فيما ذكر (وللكبار القود قبل كبر الصغار) خلافا لهما . والأصل أن كل ما لايتجزأ إذا وجد سببه كاملا ثبت لكل على الكمال كولاية إنكاح

الأخ يصالح لأنه لا ولاية له على التصرف فى مال أخيه اه وهو بعيد (قوله يصالح عن القتل فقط) أى ليس له العفو لما مر ، ولا القود لأنه ليس له ولاية على نفسه ، وهذا من قبيله ابن كمال وكان الأولى إسقاط قوله عن القتل فإن له الصلح عن الطرف أيضا ، نعم فى صلحه عن القتل اختلاف الرواية .

والحاصل كما فى غاية البيان عن البزدوى أن الروايات اتفقت فى أن الأب له استيفاء القصاص فى النفس ومادونها وأن له الصلح فيهما جميعا لا العفو ، وفى أن الوصى لايملك استيفاء النفس ويملك مادونها ويملك الصلح فيما دونها ولا يملك العفو .

واختلفت الروايات فى صلح الوصى فى النفس على مال. فنى الجامع الصغير هنا يصح وفى كتاب الصلح لا يصح اه ملخصا ، وذكر الرملى ترجيح الرواية الأولى (قوله استحسانا) وفى القياس لايملكه ، لأن المقصود متحد وهو التشفى هداية (قوله لأنه يسلك بها مسلك الأموال) ولهذا جوز أبو حنيفة القضاء بالنكول فى الطرف إتقانى (قوله والصبى كالمعتوه) أى إذا قتل قريب الصبى فلأبيه ووصيه ما يكون لأبى المعتوه ووصيه فلأبيه القود والصلح لا العفو وللوصى الصلح فقط ، وليس للأخ ونحوه شىء من ذلك إذ لاولاية له عليه كما قررناه فى المعتوه .
وفى الهندية عن المحيط : أجمعوا على أن القصاص إذا كان كله للصغير ليس للأخ الكبير ولاية الاستيفاء ، ويأتى تمامه قريبا .

[تتمة] أفتى الحانوتى بصحة صلح وصى الصغير على أقل من قدر الدية إذا كان القاتل منكرا ولم يقدر الوصى على إثبات القتل قياسا على المال لما فى العمادية من أن الوصى إذا صالح عن حق الميت أو عن حق الصغير على رجل ، فإن كان مقرا بالمال أو عليه بينة أو قضى عليه به لايجوز الصلح على أقل من الحق ، وإن لم يكن كذلك يجوز اه (قوله وللكبار القود الخ) أى إذا قتل رجل له ولى كبير وصغير كان للكبير أن يقتل قاتله عنده لأنه حق مشترك ، وفى الأصل إن كان الكبير أبا استوفى القود بالإجماع ، وإن كان أجنبيا بأن قتل عبد مشترك بين أجنبيين صغير وكبير ليس له ذلك. وفى الكلام إشارة إلى أنه لو كان الكل صغارا ليس للأخ والعم أن يستوفيه كما فى جامع الصغار ، فقيل ينتظر بلوغ أحدهم ، وقيل يستوفى السلطان كما فى الاختيار والقاضى كالسلطان ، وإلى أنه لو كان الكل كبارا ليس للبعض أن يقتص دون البعض ولا أن يوكل باستيفائه ، لأن فى غيبة الموكل احتمال العفو فالقصاص يستحقه من يستحق ماله على فرائض الله تعالى ، ويدخل فيه الزوج والزوجة كما فى الخلاصة ، وإلى أنه لايشترط القاضى كما فى الخزانة ، وإلى أنه لو كان القتل خطأ لم يكن للكبير إلا استيفاء حصة نفسه كما فى الجامع قهستانى ، وقوله لايشترط القاضى أى قضاؤه : فإن له القصاص له أن يقتص سواء قضى به أولا كما فى البزازية (قوله خلافا لهما) فعندهما ليس لهم ذلك إلا أن يكون الشريك الكبير أبا للصغير نهاية . وقاساه على ما إذا كان مشتركا بين كبيرين وأحدهما غائب (قوله والأصل الخ) استدلال لقول الإمام قال فى الهداية : وله أنه حق لايتجزى لثبوته بسبب لايتجزى وهو القرابة واحتمال العفو من الصغير منقطع أى فى الحال فيثبت لكل واحد كملا كما فى ولاية الإنكاح ، بخلاف الكبيرين لأن احتمال العفو من الغائب ثابت اه .

واعترض سعدى كون السبب هو القرابة بأنه يثبت للزوج والزوجة ولا قرابة . وأجاب الطورى بأنه على

وأمان (إلا إذا كان الكبير أجنبيا عن الصغير فلا) يملك القود (حتى يبلغ الصغير) إجماعا زيلعي فليحفظ :

(ولو قتل القاتل أجنبي وجب القصاص عليه فى) القتل (العمد) لأنه محقون الدم بالنظر لقاتله كما مر (والدية على عاقلته) أى للقاتل (فى الخطأ ، ولو قال ولى القتيل بعد القتل) أى بعد قتل الأجنبي (كنت أمرته بقتله ولا بينة له) على مقالته (لا يصدق) ويقتل الأجنبي درر ، بخلاف من حفر بئرا فى دار رجل فمات فيها شخص فقال رب الدار كنت أمرته بالحفر صدق مجتبى ، يعنى لأنه يملك استئنافه للحال فيصدق بخلاف الأول لفوات المحل بالقتل كما هو القاعدة ، وظاهره أن حق الولى يسقط رأسا كما لو مات القاتل حتف أنفه :

(ولو استوفاه بعض الأولياء لم يضمن شيئا) وفى المجتبى والدرر :

التغليب ، أو بأن المراد بها الاتصال الموجب للإرث (قوله وأمان) أى أمان المسلم الحربى (قوله إلا إذا كان الكبير أجنبيا عن الصغير) قال فى النهاية : بأن كان العبد مشتركا بين صغير وأجنبي فقتل عمدا ليس للأجنبي أن يستوفى القصاص قبل بلوغه بالإجماع إلا أن يكون للصغير أب فيستوفيانه حينئذ اه . ثم قال ناقلا عن المبسوط لأن السبب الملك وهو غير متكامل لكل واحد منهما فإن ملك الرقبة يحتمل التجزى ، بخلاف مانحن فيه فإن السبب فيه القرابة وهو مما لا يحتمل التجزى وتمامه فيه :

مبحث شريف

وظاهر هذا التصوير والتعليل ، ومثله ماقدمناه آنفا عن القهستانى عن الأصل أن المراد بالأجنبي من كان شريكا فى الملك لافى القرابة فلو قتل رجل وله ابن عمة كبير وابن خالة صغير وهما أجنبيان فللكبير القصاص ، لأن السبب القرابة للمقتول وهو مما لايتجزى ، وكذا لو قتل عن زوجة وابن صغير من غيرها فللزوجة القصاص لأن مرادهم بالقرابة مايشمل الزوجية كما مر ، وبه أفتى العلامة ابن الشلبى فى فتاواه المشهورة فيمن قتل امرأة عمدا ولها زوج وابن صغير من غيره فأجاب للزوج القصاص قبل بلوغ الولد ، لكن يخالفه مافى فتاوى العلامة الحانوتى حيث أفتى فيمن قتل عمدا وله بنت بالغة وابن صغير وأربع زوجات بأنه ينتظر بلوغ الابن لكون بعض الزوجات أجنبيات عنه أخذا من عبارة الزيلعي اه فليتأمل فى ذلك (قوله كما مر) أى أول الفصل (قوله ولو قال الخ) أفاد أن ولى القصاص له استيفاؤه بنفسه وأمر غيره به كما صرح به فى البزازية ، لكن ليس للغير استيفاؤه بغيبة الموكل كما قدمناه عن القهستانى (قوله أى بعد قتل الأجنبي) مصدر مضاف إلى فاعله (قوله كنت أمرته) أى أمرت الأجنبي (قوله لايصدق) لأن فيه إسقاط حق غيره وهو ولى القاتل الأول (قوله يعنى الخ) أفاده المصنف فى المنح ، وبه علل فى الظهيرية حيث قال لأنه أخبر عما يملك (قوله كما هو القاعدة) وهى أن من حكى أمرا إن ملك استئنافه للحال صدق وإلا فلا ؛ كما لو أخبر وهى فى العدة أنه راجعها صدق ، ولو بعدها فلا إن كذبته إلا ببرهان ، وهنا يملك استئناف الإذن بالحفر ولا يملك الإذن بالقتل لفوات محله وهو المقتول (قوله وظاهره الخ) أى ظاهر قول المتن ولو قتل القاتل أجنبي وجب القصاص الخ أن ولىّ المقتول الأول يسقط حقه رأسا أى يسقط من الدية كما سقط من القصاص ، مثل لو مات القاتل بلا قتل أحد :

ووجه الظهور أن المصنف لم يتعرض لشىء من ذلك وهو ظاهر ، لما تقدم من أن موجب العمد القود عينا فلا يصير مالا إلا بالتراضى ولم يوجد هنا ثم رأيته فى التاترخانية حيث قال فى هذه المسألة وإذا قتل القاتل بحق أو بغير حق سقط عنه القصاص بغير مال ، وكذا إذا مات (قوله ولو استوفاه) الخ أى استوفى القصاص الواجب

دم بين اثنين فعفا أحدهما وقتله الآخر إن علم أن عفو بعضهم يسقط حقه يقاد وإلا فلا والدية فى ماله ، بخلاف ممسك رجل ليقتل عمدا فقتل ولى القتيل المسك فعليه القود لأنه مما لا يشكل على الناس :

(جرح إنسانا ومات) المجروح (فأقام أولياء المقتول بينة أنه مات بسبب الجرح وأقام الضارب بينة أنه برئ) من الجرح (ومات بعد مدة فبينة ولى المقتول أولى) كذا فى معين الحكام معزيا للحاوى :

(أقام أولياء المقتول البينة على أنه جرحه زيد وقتله وأقام زيد البينة على أن المقتول قال إن زيدا لم يجرحنى ولم يقتلنى فبينة زيد أولى) كذا فى المشتمل معزيا لجمع الفتاوى :

(قال المجروح لم يجرحنى فلان ثم مات) المجروح (ليس لورثته الدعوى على الجارح بهذا السبب) مطلقا ، وقيل إن الجرح معروفا عند القاضى أو الناس قبلت قنية :

لجماعة ، وكان ينبغى ذكر هذه المسألة قبل قوله ولو قتل القاتل أجنبى فإنها من متعلقات ماقبلها ، وقد ذكرها الشراح تأييدا لأصل الإمام أن القصاص يثبت لكل على الكمال فقالوا : والدليل عليه لو استوفى أحدهم لا يضمن للباقين شيئا ولا للقاتل ، ولو لم يكن جميع القصاص واجبا له لكان ضامنا باستيفاء الكل (قوله دم بين اثنين) أى وجب لهما على آخر ، وعبارة الدرر من هنا إلى قوله وإلا فلا : وأما عبارة المجتبى فنصها : ولو كان الدم بين اثنين فعفا أحدهما وقتله الآخر ، فإن لم يعلم بعفو شريكه يقتل قياسا لا استحسانا وإن علم بعفوه ، فإن لم يعلم بحرمته وقال ظننت أنه يحل لى قتله لا يقتل والدية فى ماله ، وإن علم بالحرمة يقتل سواء قضى القاضى بسقوط القصاص فى نصيب الساكت أو لم يقض ، وهذا كمن أمسك رجلا حتى قتله الآخر عمدا فقتل ولى القتيل الممسك فعليه القصاص قضى القاضى بسقوط القصاص عن الممسك أو لم يقض اهـ (قوله بخلاف) مرتبط بقوله وإلا فلا والممسك بالنصب مفعول قتل ، وفى تعبيره نوع خفاء ومؤداه ماقدمناه (قوله مما لا يشكل على الناس) أى لا يخفى عليهم أن الممسك لا يحل قتله ، بخلاف من عفا عنه أحد أولياء القتيل فإنه يخفى أنه يسقط حق الباقى أولا ، بل فى الدرر على المحيط أنه مجتهد فيه ، فعند البعض لا يسقط القصاص بعفو أحدهما فصار ظنه شبهة (قوله فبينة ولى المقتول أولى) هذا موافق لما ذكره صاحب القنية فى باب البينتين المتضادتين : وعلله بعضهم بأن بينة الأولياء مثبتة وبينة الضارب نافية لكنه مخالف لما ذكره صاحب الخلاصة فى آخر كتاب الدعوى بقوله : رجل ادعى على آخر أنه ضرب بطن أمته وماتت بضربه فقال المدعى عليه فى الدفع إنها خرجت بعد الضرب إلى السوق لا يصح الدفع ، ولو أقام البينة أنها صحت بعد الضرب يصح ، ولو أقاما البينة هذا على الصحة والآخر على الموت بالضرب فبينة الصحة أولى كذا فى البزازية ومشتمل الأحكام ، وبه أفتى الفاضل أبو السعود اهـ كذا فى تعارض البينة للشيخ غانم البغدادى ، وماذكره المصنف هنا مشى عليه أيضا فى كتاب الشهادات قبيل باب الاختلاف فى الشهادة تبعا للبحر فتأمل (قوله فبينة زيد أولى) لأنها قامت على قول صاحب الحق لا على النفى ط (قوله ليس لورثته الدعوى) لأن الوارث يدعى الحق للميت أولا ثم ينتقل إليه بالإرث ، والمورث لو كان حيا لا تقبل دعواه لأنه متناقض فكذا لا تصح دعوى من يدعى له ولو لجنبية ، وقيد ذلك فى كتاب القول لمن بقوله قال صاحب المحيط هذا إذا كان الجارح أجنبيا ، فإن كان وارثا لا يصح اهـ :

أقول : الظاهر أن مانقله عن المحيط فيما إذا كانت الجراحة خطأ لأنه يكون فى المعنى إبراء لوارثه عن المال : وقيد ط كلام المصنف بقوله مقيد بالقتل العمد ، وأما إذا كان خطأ والمسألة بحالها فإنها تقبل البينة ويسقط من

وفى الدرر عن المسعودية : لو عفا المجروح أو الأولياء بعد الجرح قبل الموت جاز العفو استحسانا ؛ وفى الوهبانية : جريح قال قتلنى فلان ومات فبرهن وارثه على آخر أنه قتله لم تسمع لأنه حق المورث وقد أكذبهم ولو قال : جرحنى فلان ومات فبرهن ابنه على ابن آخر أنه جرحه خطأ قبلت لقيامها على حرمانه الإرث ؛

(سقاه سما حتى مات ، إن دفعه إليه حتى أكله ولم يعلم به فمات لا قصاص ولا دية لكنه يحبس ويعزر ، ولو أوجره) السم (إيجاراً تجب الدية) على عاقلته (وإن دفعه له فى شربة فشربه ومات) منه (فكالأول) لأنه شرب منه باختياره إلا أن الدفع خدعة فلا يلزم إلا التعزير والاستغفار خانية (وإن قتله بمر) بفتح الميم : ما يعمل فى الطين (يقتص إن أصابه حد الحديد) أو ظهره وجرحه إجماعا كما نقله المصنف عن المجتبى (وإلا) يصبه حده بل قتله بظهره ولم يجرحه (لا) يقتص فى رواية الطحاوى ، وظاهر الرواية أنه يقتص بلا جرح فى حديد ونحاس وذهب ونحوها ، وعزاه فى الدرر لقاضى خان ؛ لكن نقل المصنف عن الخلاصة

الدية ثلثها وبعد قوله لم يجرحتى إسقاطا للمال فلا ينفذ إلا من الثلث اه ولم يعزه لأحد (قوله وفى الدرر عن المسعودية الخ) تكرار مع ماتقدم قبيل قوله لاقود بقتل مسلم مسلما اه ح (قوله على آخر) أى على رجل آخر أجنبى عن المورث بقرينة مابعده (قوله وقد أكذبهم) أى أكذب الشهود كما فى حاشية الأشباه عن مجموع النوازل (قوله فبرهن ابنه على ابن آخر) عبارة الأشباه : فبرهن ابنه أن فلانا آخر جرحه ، والصواب ماهنا ولذا قال البيرى : إن مافى الأشباه خلاف المنقول فتنبه (قوله لقيامها على حرمانه الإرث) بيان للفرق بين ماإذا أقيمت البينة على أجنبى فلا تقبل كما تقدم وبين ماإذا أقيمت على ابن المجروح : قال فى الظهيرية : ووجهه أن البينة قامت على حرمان الولد الإرث فلما أجزنا ذلك فى الميراث جعلنا الدية على عاقلته اه (قوله ولم يعلم به) وكذا إذا علم بالأولى ط (قوله لاقصاص ولا دية) ويرث منه هندية ط (قوله حتى أكله) أى باختياره ، والأولى حتى شربه (قوله ولو أوجره الخ) أى صبه فى حلقه على كره ، وكذا لو ناوله وأكرهه على شربه حتى شرب فلا قصاص وعلى عاقلته الدية تاترخانية . ثم قال : وفى الذخيرة ذكر المسألة فى الأصل مطلقا بلا خلاف ولم يفصل . ولا يشكل على قول أبى حنيفة لأن القتل حصل بما لايجرح فكان خطأ العمد على مذهبه : وأما على قولهما ، فمنهم من قال عندهما على التفصيل إن كان ماأوجر من السم مقدارا يقتل مثله غالبا فهو عمد وإلا فخطأ العمد ، ومنهم من قال إنه على قولهم جميعا خطأ العمد مطلقا اه ملخصا : وذكر السائحانى أن شيخه أبا السعود ذكر فى باب قطع الطريق أنه لو قتل بالسم قيل يجب القصاص لأنه يعمل عمل النار والسكين ، ورجحه السمرقندى اه أى إذا أوجره أو أكرهه على شربه كما لا يخفى (قوله فلا يلزم إلا التعزير والاستغفار) أى لارتكابه معصية بتسببه لقتل النفس ؛

[تنبيه] أقر أنه أهلك فلانا بالدعاء أو بالسهام الباطنة أو بقراءة الأنفال لايلزمه شىء لأنه كذب محض لأنه يؤدى إلى ادعاء علم الغيب المنفى بقوله تعالى : ـ لايعلم الغيب إلا الله ـ (١) ولم يوجد نص بإهلاكه بهذه الأشياء وبالإقرار كاذبا لايلزمه شىء كما لو أقر ببنوة رجل هو أكبر من المقر سنا ، ولو أقر أنه أهلك فلانا بقراءة أسماء الله تعالى القهرية اختلف المشايخ فيه لوقوعها والأصح أنه لايلزمه شىء لأن الشرع لم يجعله من آلة القتل وسببه اه بيرى عن حاوى القنية ، ولم يذكر ما إذا أقر أنه قتله بالإصابة بالعين فتأمل (قوله مايعمل به فى الطين) قال العينى : المر بفتح الميم وتشديد الراء : وهو خشبة طويلة فى رأسها حديدة عريضة من فوقها خشبة عريضة يضع الرجل رجله عليها ويحفر بها الأرض (قوله بل قتله بظهره الخ) وإن أصابه بالعود فهى مسألة القتل بالمثقل ، وقد مرت أول

---

(١) (قوله لايعلم الغيب إلا الله) كذا بالأصل المقابل على خط المؤلف ، والتلاوة - لايعلم من فى السموات والأرض الغيب إلا الله - اه مصححه .

أن الأصح اعتبار الجرح عند الإمام لوجوب القود ، وعليه جرى ابن الكمال :

وفى المجتبى : ضرب بسيف فى غمده فخرق السيف الغمد وقتله فلا قود عند أبى حنيفة (كالخنق والتغريق) خلافا لهما والشافعى :

ولو أدخله بيتا فمات فيه جوعا لم يضمن شيئا وقالا : تجب الدية ولودفنه حيا فمات ، عن محمد يقاد به مجتبى بخلاف قتله بموالاة ضرب السوط كما سيجىء :

وفيه : لو اعتاد الخنق قتل سياسة ولا تقبل توبته

الكتاب معراج : أى يكون شبه عمد وتقدم الكلام فيه (قوله أن الأصح اعتبار الجرح الخ) صرح بذلك فى الهداية أيضا ، ولم يتعقبه الشراح فكان النقل عنها أولى لأنها أقوى (قوله فلا قود عند أبى حنيفة) لأنه لم يقصد ضربه بآلة جارحه ولوالجية :

أقول : وهذا موافق لما تقدم من تعريف العمد بأن يتعمد ضربه بآلة تفرق الأجزاء . ويؤخذ منه أنه لو قصد ضربه بالسيف فى هذه الصورة يلزمه القود لحصول الجرح بآلة القتل مع قصد الضرب . وأما ماقدمناه عن المجتبى أول الكتاب من أنه لايشترط فى العمد قصد القتل فمعناه أنه بعد قصد ضربه بالمحدد لايشترط قصد القتل ، فالشرط هو قصد الضرب دون القتل ، ثم لايلزم من وجود القتل بالمحدد كونه عمدا لأنه قد يكون خطأ فلذا شرط قصد الضرب به وهنا إذا لم يقصد ضربه بالسيف لم يكن عمدا وإن حصل القتل به (قوله كالخنق) متصل بقوله وإلا لا : والخنق بكسر النون قال الفارابى ولا يقال بالسكون وهو مصدر خنقه : إذا عصر حلقه ؛ والخناق فاعله والخناق بالكسر والتخفيف : ما يخنق به من حبل أو وتر اه مغرب (قوله خلافا لهما) فعندهما فيه القود . فى الولوالجية : هذا إذا دام على الخنق حتى مات؛ أما إذا تركه قبل الموت ينظر إن دام على الخنق بمقدار ما يموت منه الإنسان غالبا يجب القصاص عندهما وإلا فلا إجماعا اه . وكذا فى التغريق يشترط أن يكون الماء عظما بحيث لا تمكنه النجاة ليكون عندهما عمدا موجبا للقصاص ، فلو قليلا لا يقتل غالبا أو عظما تمكن النجاة منه بالسباحة بأن كان غير مشدود وهو يحسن السباحة فهو شبه عمد أفاده في التاترخانية وغيرها (قوله ولو أدخله بيتا) كذا أطلقه فى التاترخانية عن المحيط . وفيها عن الظهيرية : ولوقيده وحبسه فى بيت الخ : والظاهر أن المعتبر عدم القدرة على الخروج سواء قيده أولا (قوله وقالا تجب الدية) فى التاترخانية عن المحيط والكبرى تجب عليه الدية . وفيها عن الخانية والظهيرية : تجب على عاقلته ، فالظاهر أن الأول على حذف مضاف تأمل وفى الظهيرية والفتوى على قول أبى حنيفة أنه لا شىء عليه وقال ط أول الكتاب : وفى شرح الحموى عن خزانة المفتين : ولو طرحه فى بئر أو من ظهر جبل أو سطح لم يقتل به ، ولو طين على إنسان بيتا حتى مات جوعا أو عطشا لم يضمن : وقالا عليه الدية لأنه سبب يؤدى إلى التلف فيجب الضمان وهو المختار فى زماننا لمنع الظلمة من الظلم اهـ (قوله عن محمد يقاد) بناء على أنه يجب عنده فى شبه العمد القود كما نقله فى المعراج أو على أن هذا عمد : ففى التاترخانية يقاد فيه لأنه قتله عمدا ، وهذا قول محمد ، والفتوى أنه على عاقلته الدية اهـ :

والفرق بينه وبين ماإذا حبسه حتى مات جوعا حيث كان الفتوى على أنه لاشىء عليه كما مر هو أن الجوع والعطش من لوازم الإنسان ، أما هنا فقد مات غما وذلك ليس من لوازمه فيضاف للفاعل كما أفاده فى الظهيرية (قوله بخلاف قتله الخ) فإنه لاقود فيه : قال الإتقانى : إذا والى الضربات بالسوط الصغير والعصا الصغيرة لايجب به القصاص : وقال الشافعى : يجب إذا والى على وجه لاتحتمله النفس عادة اهـ ونقل قبله أنه شبه عمد عن أبى حنيفة وعندهما عمد (قوله كما سيجىء) لم أره (قوله لو اعتاد الخنق الخ) فى الخانية : ولو خنق رجلا لا يقتل إلا إذا

لو بعد مسكه كالساحر .

وفيه (قمط رجلا وطرحه قدام أسد أو سبع فقتله فلا قود فيه ولادية ويعزر ويضرب ويحبس إلى أن يموت) زاد فى البزازية : وعن الإمام عليه الدية ، ولو قمط صبيا وألقاه فى الشمس أو البرد حتى مات فعلى عاقلته الدية .

وفى الخانية : قمط رجلا وألقاه فى البحر فرسب وغرق كما ألقاه فعلى عاقلته الدية عند أبى حنيفة ولو سبح ساعة ثم غرق فلا دية لأنه غرق بعجزه ، وفى الأولى غرق بطرحه فى الماء .

(قطع عنقه وبقى من الحلقوم قليل وفيه الروح فقتله آخر فلا قود فيه) عليه لأنه فى حكم الميت .

(ولو قتله وهو فى) حالة (النزع قتل به) إلا إذا كان يعلم أنه لايعيش منه ، كذا فى الخانية .

وفى البزازية : شق بطنه بحديدة وقطع آخر عنقه ، وإن توهم بقاءه حيا بعد الشق قتل قاطع العنق وإلا قتل الشاق وعزر القاطع .

كان خناقا معروفا خنق غير واحد فيقتل سياسة اه . وعبارة الشارح قبيل كتاب الجهاد وإلا بأن خنق مرة لايقتل ذكره بعد قول المصنف هناك ومن تكرر الخنق منه فى المصر قتل به ، ومفاده أن التكرار يحصل بمرتين ثم هذا غير خاص بالخنق لما قدمه فى شبه العمد أنه لاقود فيه إلا أن يتكرر منه فللإمام قتله سياسة (قوله لو بعدمسكه) أى بعد ماوقع فى يد الإمام وإن تاب قبله قبلت مجتبى (قوله فلا قود فيه ولادية) وكذا لو أدخله فى بيت وأدخل معه سبعا وأغلق عليه الباب فقتله السبع ، وكذا لو نهشته حية أو لسعته عقرب وإن فعل ذلك بصبى فعليه الدية تاترخانية ونقل ط مثله عن الهندية ، وقوله فعليه الدية : أى على عاقلته على حذف مضاف بدليل مايأتى إذ لايصدق عليه قتل العمد على قول الإمام تأمل . وانظر ماالفرق بين الصبى والرجل ، وسيذكر المصنف قبيل باب القسامة لو غصب صبيا حرا فمات بصاعقة أو نهش حية فديته على عاقلة الغاصب ، وعلله الشارح هناك بأنه متسبب ، وذكر أنه لو نقل الحر الكبير مقيدا ولم يمكنه التحرز عنه ضمن الخ ، ومقتضاه عدم الفرق بين الكبير والصغير وهذا موافق للرواية التى ذكرها هنا عن البزازية ، وسيأتى تمام الكلام على ذلك هناك إن شاء الله تعالى (قوله ولو قمط صبيا الخ) ذكره فى التاترخانية ، وذكر قبله : ولو أن رجلا قمط صبيا أو رجلا ثم وضعه فى الشمس فعليه الدية اه أى على عاقلته كما قدمنا تأمل : ولينظر ماالفرق بين الشمس وبين السبع فإنه لاحكم لفعل كل منهما وفى كل هو متسبب بالقتل والظاهر أنه مفرع على تلك الرواية (قوله فرسب) قال فى المغرب : رسب فى الماء رسوبا : سفل من باب طلب (قوله وغرق الخ) أى وعلم موته منه : قال فى التاترخانية : ولو أنه حين طرح رسب فى الماء ولا يدرى مات أو خرج ولم ير له أثر لاشىء عليه مالم يعلم أنه قد مات (قوله فعلى عاقلته الدية) أى مغلظة تاترخانية (قوله ولو سبح ساعة الخ) وكذا لو كان جيد السباحة تاترخانية (قوله لأنه فى حكم الميت) فلو مات ابنه وهو على تلك الحالة ورثه ابنه ولم يرث هو من ابنه ذخيرة ط (قوله إلا إذا كان يعلم الخ) تبع فيه المصنف فى المنح ، وصوابه أن يقول وإن كان يعلم القاتل أنه لايعيش به فإنه الذى رأيته فى الخانية والخلاصة والتاترخانية والبزازية (قوله شق بطنه الخ) فى التاترخانية : شق بطنه وأخرج أمعاءه ثم ضرب رجل عنقه بالسيف عمدا فالقاتل هو الثانى وإن كان خطأ تجب الدية وعلى الشاق ثلث الدية ، وإن نفذت إلى جانب آخر فثلثاها ، هذا إذا كان مما يعيش بعد الشق يوما أو بعض يوم ، وإن كان بحال لايتوهم معه وجود الحياة ولم يبق معه إلا اضطراب الموت ، فالقاتل هو الأول فيقتص بالعمد وتجب الدية بالخطإ اه ملخصا ، ولعل الفرق بينه وبين من هو فى النزاع أن النزاع غير متحقق فإن المريض قد يصل إلى حالة شبه النزاع بل قد يظن أنه قد مات ويفعل به كالموتى ثم يعيش بعده

(ومن جرح رجلا عمدا فصار ذا فراش ومات يقتص) إلا إذا وجد مايقطعه كحز الرقبة والبرء منه ؛ وقدمنا أنه لو عفا المجروح أو الأولياء قبل موته صح استحسانا (وإن مات) شخص (بفعل نفسه وزيد وأسد وحية ضمن زيد ثلث الدية في ماله إن) كان القتل (عمدا وإلا فعلى عاقلته) لأن فعل الأسد والحية جنس واحد لأنه هدر في الدارين وفعل زيد معتبر في الدارين وفعل نفسه هدر في الدنيا لا العقبى حتى يأثم بالإجماع فصارت ثلاثة أجناس ومفاده أن يعتبر في المقتول التكليف ليصير فعله جنسا آخر غير جنس فعل الأسد والحية وأن لا يزيد على الثلث لو تعدد قاتله لأن فعل كل جنس واحد ابن كمال .

(ويجب قتل من شهر سيفا على المسلمين) يعني في الحال كما نص عليه ابن الكمال حيث غير عبارة الوقاية فقال : ويجب دفع من شهر سيفا على المسلمين ولو بقتله إن لم يمكن دفع ضرره إلا به صرح به في الكفاية : أي

طويلا ، بخلاف من شق بطنه وأخرج أمعاؤه فإنه يتحقق موته ، لكن إذا كان فيه من الحياة مايعيش معها يوما فإنها حياة معتبرة شرعا كما مر في الذبائح فلذا كان القاتل هو الثاني وأما لو كان يضطرب اضطراب الموت من الشق فالحياة فيه غير معتبرة أصلا فهو ميت حكما فلذا كان القاتل هو الأول ، هذا ماظهر لي فتأمل (قوله إلا إذا وجد مايقطعه الخ) قال في المنح لأن الجرح سبب ظاهر لموته فيحال الموت عليه مالم يوجد مايقطعه كحز الرقبة والبرء منه اهـ والحز بالمهملة فالمعجمة : القطع ، والضمير في منه للجرح (قوله وقدمنا الخ) أي في هذا الفصل ، وأشار به إلى قاطع آخر (قوله ضمن زيد ثلث الدية في ماله) لأن العاقلة لاتتحمل العمد وإنما لم يقتص لما مر ، ويأتي من أنه لاقصاص على شريك من قصاص بقتله لعدم تجزيه (قوله فصارت ثلاثة أجناس) فكأن النفس تلفت بثلاثة أفعال ، فالتالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية هداية (قوله ومفاده) أي مفاد التعليل (قوله ليكون فعله الخ) إذ لو كان غير مكلف لهدر في الدارين كفعل الأسد فيكون على زيد نصف الدية (قوله وأن لايزيد على الثلث لو تعدد قاتله) بأن كان مع زيد غيره فيشترك هو وغيره في الثلث .

وأقول : ذكر في متفرقات التاترخانية ، لو جرحه رجل جراحة وجرحه آخر جراحة ثم انضم إليه ما هو هدر فعلى كل واحد منهما ثلث الدية وثلثها هدر اهـ ومثله في الجوهرة قبيل جناية المملوك . وفي تكملة الطوري : ولو قطع رجل يده وجرحه آخر وجرح هو أيضا نفسه وافترسه سبع ضمن القاطع ربع الدية والجارح ربعها لأن النفس تلفت بجنايات أربعة ثنتان منها معتبرتان اهـ ومثله يأتي متنا آخر باب ما يحدثه في الطريق : لو استأجر أربعة لحفر بئر فوقعت فات أحدهم سقط الربع ووجب على كل واحد الربع فظهر أن المنقول خلاف ما ذكره فتنبه .

أقول : ويؤخذ من ذلك جواب حادثة الفتوى في زماننا فيمن جرح صبيا بسكين في بطنه فظهر بعض أمعائه فجيء له بمن يخيط الجرح ويرد الأمعاء فلم يمكنه ذلك إلا بتوسيع الجرح فأذن له أبو الصبي بذلك ففعل ثم مات تلك الليلة فينبغي أن يجب نصف الدية على الجارح في ماله لأن الفعل الآخر مأذون به فكان هدرا كما سيأتي (قوله ويجب قتل من شهر سيفا) شهر سيفه كمنع وشهره : انتضاه فرفعه على الناس قاموس (قوله على المسلمين) تنازعه كل من يجب وشهر . وعبارة الجامع الصغير : شهر على المسلمين سيفا قال حق على المسلمين أن يقتلوه ولا شيء عليهم اهـ وذكر أبو السعود عن الشيخ عبد الحي بحثا أن أهل الذمة كالمسلمين (قوله يعني في الحال) أي في حال شهره السيف عليهم قاصدا ضربهم لا بعد انصرافه عنهم فإنه لايجوز قتله كما يأتي (قوله كما نص عليه ابن الكمال) أي على كونه حالا ، والأولى أن يقول كما أشار إليه لأنه لم ينص عليه وإنما أخذ بطريق الإشارة من قوله دفع فإن الدفع لا بطء فيه ط (قوله صرح به في الكفاية) ليس هذا في عبارة ابن الكمال . وعبارة الكفاية

لأنه من باب دفع الصائل صرح به الشمني وغيره ، ويأتي ما يؤيده (ولا شيء بقتله) بخلاف الجمل الصائل :

(ولا) يقتل (من شهر سلاحا على رجل ليلا أو نهارا في مصر أو غيره أو شهر عليه عصا ليلا في مصر أو نهارا في غيره فقتله المشهور عليه) وإن شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه (عمدا تجب الدية) في ماله (ومثله الصبي والدابة) الصائلة ؛ وقال الشافعي : لا ضمان في الكل لأنه لدفع الشر :

(ولو ضربه الشاهر فانصرف) وكف عنه على وجه لا يريد ضربه ثانيا (فقتله الآخر) أي المشهور عليه أو غيره ،كذا عممه ابن الكمال تبعا للكافي والكفاية (قتل القاتل) لأنه بالانصراف عادت عصمته :

قلت : فتحرر أنه ما دام شاهر السيف ضربه وإلا لا فليحفظ :

(ومن دخل عليه غيره ليلا فأخرج السرقة) من بيته (فاتبعه) رب البيت (فقتله فلا شيء عليه) لقوله عليه الصلاة والسلام « قاتل دون مالك » وكذا لو قتله قبل الأخذ إذا قصد أخذ ماله ولم يتمكن من دفعه إلا بالقتل صدر شريعة :

وفي الصغرى : قصد ماله ؛ إن عشرة أو أكثر له قتله ، وإن أقل قاتله ولم يقتله ، وهل يقبل قوله إنه كابره

أي إنما يجب القتل لأن دفع الضرر واجب اهـ . وفي المعراج : معنى الوجوب وجوب دفع الضرر لا أن يكون عين القتل واجبا (قوله ويأتي ما يؤيده) أي يؤيد أن المراد له قتله إذا لم يمكن دفع ضرره إلا به وذلك في عبارة صدر الشريعة الآتية قريبا وعبارة المتن بعدها (قوله ولا شيء بقتله) أي إذا كان مكلفا كما يعلم من قوله الآتي وإن شهر المجنون الخ . ولما لم يكن عين القتل واجبا كان محتملا أن يكون القتل موجبا للضمان فصرح بعدمه أفاده ابن الكمال (قوله ولا يقتل) معطوف على قوله لا شيء بقتله (قوله على رجل) أي قاصدا قتله بدلالة الحال لامزاحا ولعبا أفاده الزيلعي في الطلاق وأفاد بهذه المسألة أن الواحد كالمسلمين (قوله ليلا أو نهارا الخ) لأن السلاح لا يلبث فيحتاج إلى دفعه بالقتل هداية أي ليس فيه مهلة للدفع بغير القتل (قوله أو شهر عليه عصا الخ) لأن العصا الصغيرة وإن كانت تلبث ولكن في الليل لما يلحقه الغوث فيضطر إلى دفعه بالقتل ، وكذا في النهار في غير المصر في الطريق لا يلحقه الغوث ، قالوا فإن كان عصا لا يلبث يحتمل أن يكون مثل السلاح عندهما هداية (قوله فقتله المشهور عليه) أي أو غيره دفعا عنه زيلعي . وفي الكفاية : ولو ترك المشهور عليه قتله يأثم (قوله عمدا) أي بمحدد ونحوه وكذا شبه العمد بالأولى (قوله تجب الدية) أي لا القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر ، وتمامه في الهداية (قوله ومثله الصبي والدابة) أي مثل المجنون في وجوب الضمان ، لكن الواجب في الصبي الدية أيضا : وفي الدابة القيمة وذكر الرملي أنه لو كان المجنون أو الصبي عبدا فالواجب القيمة كالدابة المملوكة تأمل اهـ :

أقول : وفي النهاية ما نصه : وأجمعوا على أنه لو كان الصائل عبدا أو صيد الحرم لا يضمن كذا ذكره الإمام التمرتاشي اهـ ومثله في المعراج . وذكر الفرق بينهما وبين الدابة العلامة الإتقاني في غاية البيان عن شرح الطحاوي فراجعه (قوله أو غيره الخ) لا حاجة إليه ، وليس بمحل وهم حتى يقويه بالنقل فتدبر ط (قوله عادت عصمته) فإذا قتله بعد ذلك فقد قتل شخصا معصوما مظلوما فيجب عليه القصاص زيلعي (قوله ما دام شاهرا السيف) أي مع قصد الضرب (قوله ليلا) مفهومه أنه لو نهارا ليس له قتله لأنه يلحقه الغوث بالصراخ (قوله دون مالك) أي لأجل مالك عناية وغيرها (قوله وكذا لو قتله قبل الأخذ الخ) قال في الخانية : رأى رجلا يسرق ماله فصاح به ولم يهرب أو رأى رجلا يثقب حائطه أو حائط غيره وهو معروف بالسرقة فصاح به ولم يهرب حل له قتله ولا قصاص عليه اهـ (قوله وفي الصغرى الخ) يريد به تقييد ما أطلقه المتون والشروح مع أنهما لا تقيد بما في

إن ببينة نعم ، وإلا فإن المقتول معروفا بالسرقة والشر لم يقتص استحسانا والدية فى ماله لورثة المقتول بزازية هذا (إذا لم يعلم أنه لو صاح عليه طرح ماله ، وإن علم) ذلك (فقتله مع ذلك وجب عليه القصاص) لقتله بغير حق (كالمغصوب منه إذا قتل الغاصب) فإنه يجب القود لقدرته على دفعه بالاستغاثة بالمسلمين والقاضى :

(مباح الدم التجأ إلى الحرم لم يقتل فيه) خلافا للشافعى (ولم يخرج عنه للقتل لكن يمنع عنه الطعام والشراب حتى يضطر فيخرج من الحرم فحينئذ يقتل خارجه) وأما فيما دون النفس فيقتص منه فى الحرم إجماعا :

(ولو أنشأ القتل فى الحرم قتل فيه) إجماعا سراجية ؛ ولو قتل فى البيت لايقتل فيه ذكره المصنف فى الحج :

(ولو قال اقتلنى فقتله) بسيف (فلا قصاص وتجب الدية) فى ماله فى الصحيح لأن الإباحة لاتجرى فى النفس وسقط القود لشبهة الإذن وكذا لو قال اقتل أخى أو ابنى أو أبى فقتله فتلزمه الدية استحسانا كما فى البزازية عن الكفاية : وفيها عن الواقعات لو ابنه صغيرا يقتص . وفى الخانية : بعتك دمى بفلس أو بألف فقتله يقتص . وفى اقتل

الفتاوى . قال الماتن فى آخر قطع الطريق : ويجوز أن يقاتل دون ماله وإن لم يبلغ نصابا ، ويقتل من يقاتله عليه وقال فى المنح عن البحر : استقبله اللصوص ومعه مال لايساوى عشرة حل له أن يقاتلهم ، لقوله عليه الصلاة والسلام « قاتل دون مالك » واسم المال يقع على القليل والكثير اه سائحانى (قوله بزازية) ونصها قبيل كتاب الوصايا قتله صاحب الدار وبرهن على أنه كابره فدمه هدر ، وإن لم تكن له بينة إن لم يكن المقتول معروفا بالشر والسرقة قتل صاحب الدار قصاصا ، وإن متهما به فى القياس يقتص : وفى الاستحسان تجب الدية فى ماله لورثة المقتول لأن دلالة الحال أورثت شبهة فى القصاص لا المال اه (قوله مع ذلك) لا حاجة إليه ط (قوله لقدرته على دفعه الخ) انظر ما إذا لم يقدر المسلمون والقاضى كما هو مشاهد فى زماننا ، والظاهر أنه يجوز له قتله لعموم الحديث ط (قوله مباح الدم) بأن قتل أو زنى ، ومثله مالوشرب الخمر أو فعل غيره مما يوجب الحد كما ذكره العلامة السندى فى المنسك المتوسط ، وصرح بأن المرتد كذلك ، لكن قدمنا آخر كتاب الحج عن المنتقى بالنون أنه يعرض عليه الإسلام ، فإن أسلم سلم وإلا قتل ونقله القارى فى شرح المنسك عن النتف ، وذكر أنه مخالف لإطلاقهم ، إلا أن يقال إباء المرتد عن الإسلام جناية فى الحرم وهو الظاهر ، ثم ذكر عن البدائع أن الحربى لو التجأ إلى الحرم لايقتل فيه ولا يخرج عندهما . وقال أبو يوسف : يباح إخراجه منه (قوله فيخرج من الحرم) أى يخرج هو بنفسه (قوله فيقتص منه) وكذا يحد . ففى الخانية عن أبى حنيفة : لاتقطع يد السارق فى الحرم خلافا لهما ، وإن فعل شيئا من ذلك فى الحرم يقام عليه الحد فيه (قوله ولو قتل فى البيت الخ) ومثله سائر المساجد لأن المسجد يصان عن مثل ذلك اهـ رحمتى (قوله بسيف) قيد به لقوله وتجب الدية فى ماله ، فلو قتله بمثقل فالدية على العاقلة ط (قوله فى الصحيح) وبه جزم فى عمدة المفتى ، بل فى مختصر المحيط أنه بالاتفاق كما فى شرح الوهبانية (قوله وسقوط القود) كالاستدراك على قوله لأن الإباحة لا تجرى فى النفس فإن المتبادر منه القصاص ط (قوله وكذا لو قال) أى وكان هو الوارث (قوله لو ابنه صغيرا يقتص) أى قياسا ، والظاهر أن الصغير غير قيد ومثله الأخ :

وعبارة البزازية : وفى الواقعات اقتل ابنى وهو صغير فقتله يقتص . ولو قال اقطع يده فقطعها عليه القصاص ولو قال اقتل أخى فقتله وهو وارثه ففى رواية عن الثانى وهو القياس يجب القصاص . وعن محمد عن الإمام الدية وسوى فى الكفاية بين الابن والأخ وقال فى القياس : يجب القصاص فى الكل . وفى الاستحسان تجب الدية : وفى الايضاح ذكر قريبا منه اه (قوله فقتله يقتص) لأنه بيع باطل وهو ليس بإذن بالقتل فليس كقوله

أبى عليه دية لابنه : وفى اقطع يده فقطع يده يقتص : وفى : شج ابنى فشجه لاشىء عليه ، فإن مات فعليه الدية (وقيل لا) تجب الدية أيضا وصححه ركن الإسلام كما فى العمادية ، واستظهره الطرسوسى ، لكن رده ابن وهبان :

(كما لو قال : اقتل عبدى أو اقطع يده ففعل فلا ضمان عليه) إجماعا كقوله : اقطع يدى أو رجلى وإن سرى لنفسه ومات لأن الأطراف كالأموال فصح الأمر : ولو قال : اقطعه على أن تعطينى هذا الثوب أو هذه الدراهم فقطع يجب أرش اليد لا القود وبطل الصلح بزازية :

[فروع] هبة القصاص لغير القاتل لا تجوز لأنه يجرى فيه التمليك :

عفو الولى عن القاتل أفضل من الصلح والصلح أفضل من القصاص ، وكذا عفو المجروح :

لا تصح توبة القاتل حتى يسلم نفسه للقود وهبانية :

اقتلنى ط (قوله وفى اقطع يده يقتص) لأن ولاية الاستيفاء ليست له بل للأب فلم يكن أمره مسقطا للقصاص رحمتى تأمل (قوله وفى شج ابنى الخ) هذه المسألة لم أرها فى الخانية بل هى مذكورة فى المجتبى : ونصه : ولو أمره أن يشجه فشجه فلا شىء عليه ، فإن مات منها كان عليه الدية اه والضمير فى شجه يحتمل عوده على الآمر أو على الابن المذكور فى المجتبى قبله : والثانى هو مافهمه الشارح ، لكن فيه أنه لا يظهر الفرق بين القطع والشجة فليتأمل (قوله وقيل لا الخ) مقابل قوله وتجب الدية فى ماله فى الصحيح (قوله وإن سرى لنفسه ومات) عزا فى التاترخانية إلى شيخ الإسلام : وفيها عن شرح الطحاوى : قال لآخر اقطع يدى ، فإن كان بعلاج كما إذا وقعت فى يده أكلة فلا بأس به ، وإن من غير علاج لا يحل ، ولو قطع فى الحالين فسرى إلى النفس لا يضمن اه (قوله ولو قال اقطعه) أى الطرف المفهوم من الأطراف (قوله وبطل الصلح) أى ما رضى به بدلا عن الأرش :

[تنبيه] قال فى الفصل ٣٣ من جامع الفصولين : وقد وقعت فى بخارى واقعة ، وهى رجل قال لآخر ارم السهم إلى حتى آخذه فرمى إليه فأصاب عينه فذهب : قال ح : لم يضمن كما لو قال له اجن على فجنى ، وهكذا أفتى بعض المشايخ به ، وقاسوه على ما لو قال اقطع يدى : وقال صاحب المحيط : الكلام فى وجوب القود ، ولا شك أنه تجب الدية فى ماله لأنه ذكر فى الكتاب : لو تضاربا بالوكز فذهبت عين أحدهما يقاد لو أمكن لأنه عمد ، وإن قال كل منهما لآخر ده ده ، وكذا لو بارزا على وجه الملاعبة أو التعليم فأصابت الخشبة عينه فذهبت يقاد إن أمكن اه:

وقال العلامة الرملى فى حاشيته عليه أقول : فى المسألة قولان . قال فى مجمع الفتاوى ولو قال كل واحد لصاحبه ده ده ووكز كل منهما صاحبه وكسر سنه فلا شىء عليه بمنزلة ما لو قال اقطع يدى فقطعها كذا فى الخانية اه : والذى ظهر فى وجه ما فى الكتاب أنه ليس من لازم قوله ده ده إباحة عينه لاحتمال السلامة مع المضاربة بالوكزة كاحتمالها مع رمى السهم فلم يكن قوله ارم السهم إلى وقوله ده ده صريحا فى إتلاف عضوه بخلاف قوله اقطع يدى أو اجن على فلم يصح قياس الواقعة عليه ، والمصرح به أن الأطراف كالأموال يصح الأمر فيها تأمل اه (قوله لغير القاتل) وكذا للقاتل لوجود العلة فيه أفاده الحموى ، وانظر هل يسقط القصاص فى الصورتين ط ، والظاهر أنه لا يتوقف فى عدم السقوط إذ لا معنى لعدم جوازه إلا ذلك (قوله عفو الولى عن القاتل أفضل) ويبرأ القاتل فى الدنيا عن الدية والقود لأنهما حق الوارث بيرى (قوله لا تصح توبة القاتل حتى يسلم نفسه للقود) أى لا تكفيه التوبة وحدها

الإمام شرط استيفاء القصاص كالحدود عند الأصوليين. وفرق الفقهاء أشباه: وفيها فى قاعدة : الحدود تدرأ بالشبهات كالحدود القصاص إلا فى سبع :

يجوز القضاء بعلمه فى القصاص دون الحدود :

القصاص يورث والحد لا :

يصح عفو القصاص لا الحد :

التقادم لا يمنع الشهادة بالقتل ، بخلاف الحد سوى حد القذف :

ويثبت بإشارة أخرس وكتابته ، بخلاف الحد :

تجوز الشفاعة فى القصاص لا الحد :

قال فى تبيين المحارم : واعلم أن توبة القاتل لاتكون بالاستغفار والندامة فقط بل يتوقف على إرضاء أولياء المقتول فإن كان القتل عمدا لا بد أن يمكنهم من القصاص منه ، فإن شاءوا قتلوه ، وإن شاءوا عفوا عنه مجانا ، فإن عفوا عنه كفته التوبة اه ملخصا ، وقدمنا آنفا أنه بالعفو عنه يبرأ فى الدنيا ، وهل يبرأ فيما بينه وبين الله تعالى : هو بمنزلة الدين على رجل فمات الطالب وأبرأته الورثة يبرأ فيما بقى ؛ أما فى ظلمه المتقدم لا يبرأ فكذا القاتل لا يبرأ عن ظلمه ويبرأ عن القصاص والدية تاترخانية :

أقول ؛ والظاهر أن الظلم المتقدم لايسقط بالتوبة لتعلق حق المقتول به ، وأما ظلمه على نفسه بإقدامه على المعصية فيسقط بها تأمل :

وفى الحامدية عن فتاوى الإمام النووى مسألة فيمن قتل مظلوما فاقتص وارثه أو عفا عن الدية أو مجانا هل القاتل بعد ذلك مطالبة فى الآخرة الجواب : ظواهر الشرع تقتضى سقوط المطالبة فى الآخرة اه ، وكذا قال فى تبيين المحارم : ظاهر بعض الأحاديث يدل على أنه لا يطالب : وقال فى مختار الفتاوى : القصاص مخلص من حق الأولياء ، وأما المقتول فيخاصمه يوم القيامة فإن بالقصاص ما حصل فائدة للمقتول وحقه باق عليه اه وهو مؤيد لما استظهرته (قوله وفرق الفقهاء) أى بين القصاص والحدود فيشترط الإمام لاستيفاء الحـدود دون القصاص حموى . قال فى الهندية : وإذا قتل الرجل عمدا وله ولى واحد فله أن يقتله قصاصا قضى القاضى به أو لم يقض اه ط (قوله يجوز القضاء بعلمه فى القصاص) مبنى على أن القاضى يقضى بعلمه فى غير الحدود : والفتوى اليوم على عدم جواز القضاء بعلمه مطلقا حموى اه ط وسيذكره الشارح فى أول جنايات المملوك (قوله القصاص يورث) سيأتى بيانه فى أول باب الشهادة فى القتل (قوله لا الحد) شمل حد القذف ، وهو محمول على ما بعد المرافعة . أما قبلها فهو جائز . وفى الحاوى إذا ثبت الحد لم يجز الإسقاط ، وإذا عفا المقذوف عن القاذف فعفوه باطل ، وله أن يطالب بالحد اه إلا إذا قال لم يقذفنى أو كذب شهودى فانه يصح كما فى البحر عن الشامل والمراد من بطلان العفو أنه إذا عاد وطلبه حد لأن العفو كان لغوا فكأنه لم يخاصم إلى الآن ، وليس المراد أن الإمام له أن يقيمه بعد ذهاب المقذوف وعفوه ، أفاده أبو السعود فى حاشية الأشباه ط (قوله بخلاف الحد) فإن التقادم يمنعه والتقادم فى الشرب بذهاب الريح ، وفى حد غيره بمضى شهر وقد مضى فى الحدود ط (قوله لا الحد) فلا تجوز الشفاعة فيه بعد الوصول للحاكم أما قبل الوصول إليه والثبوت عنده فتجوز الشفاعة عند الرافع له إلى الحاكم ليطلقه لأن الحد لم يثبت كما فى البحر . وفى البيرى قال الأكمل فى حديث « اشفعوا تؤجروا » ولا يتناول الحديث الحدود فتبقى الشفاعة لأرباب الحوائج المباحة كدفع الظلم أو تخليص خطأ وأمثالهما ، وكذا

السابعة لابد فى القصاص من الدعوى ، بخلاف الحد سوى حد القذف اه .

وفى القنية : نظر فى باب دار رجل ففقأ الرجل عينه لا يضمن إن لم يمكنه تنحيته من غير فقئها وإن أمكنه ضمن . وقال الشافعى : لا يضمن فيهما .

ولو أدخل رأسه فرماه بحجر ففقأها لا يضمن إجماعا ، إنما الخلاف فيمن نظر من خارجها ، والله تعالى أعلم .

باب القود فيما دون النفس

(وهو فى كل ما يمكن فيه رعاية حفظ المماثلة) وحينئذ (فيقاد قاطع اليد عمدا من المفصل) فلو القطع من نصف ساعد أو ساق

العفو عن ذنب ليس فيه حد إذا لم يكن المذنب مصرا ، فإن كان مصرا لا يجوز حتى يرتدع عن الذنب والإصرار اه ومثله فى حاشية الحموى عن شرح مسلم للإمام النووى (قوله السابعة الخ) قال فى الأشباه : تسمع الشهادة بدون الدعوى فى الحد الخالص والوقف وعتق الأمة وحريتها الأصلية ، وفيما تمحض لله تعالى كرمضان ؛ وفى الطلاق والإيلاء والظهار اه (قوله سوى حد القذف) وكذا حد السرقة لما تقدم فى محله أن طلب المسروق منه المال شرط القطع ، فلو أقر أنه سرق مال الغائب توقف على حضوره ومخاصمته .

[تنبيه] زاد الحموى ثامنة ، وهى اشتراط الإمام لاستيفاء الحدود دون القصاص . قال أبو السعود ويزاد تاسعة وهى جواز الاعتياض فى القصاص بخلاف حد القذف حتى لو دفع القاذف مالا للمقذوف ليسقط حقه فإنه يرجع به اه . أقول : ويزاد عاشرة ، وهى صحة رجوعه عن الإقرار فى الحد (قوله لا يضمن إجماعا) لأنه شغل ملكه ، كما لو قصد أخذ ثيابه فدفعه حتى قتله لم يضمن منح عن القنية .

وفى معراج الدراية : ومن نظر فى بيت إنسان من نقب أو شق باب أو نحوه فطعنه صاحب الدار بخشبة أو رماه بحصاة ففقأ عينه يضمن عندنا . وعند الشافعى لا يضمن ، لما روى أبو هريرة رضى الله تعالى عنه أنه عليه الصلاة والسلام قال «لو أن امرأ اطلع عليك بغير إذن فحذفته بحصاة وفقأت عينه لم يكن عليك جناح » .

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « فى العين نصف الدية » وهو عام ، ولأن مجرد النظر إليه لا يبيح الجناية عليه كما لو نظر من الباب المفتوح وكما لو دخل بيته ونظر فيه أو نال من امرأته مادون الفرج لم يجز قلع عينه ، لأن قوله عليه الصلاة والسلام « لا يحل دم امرئ مسلم » الحديث يقتضى عدم سقوط عصمته ، والمراد بما روى أبو هريرة المبالغة فى الزجر عن ذلك اه ومثله فى ط عن الشمنى ، وقوله وكما لو دخل بيته الخ مخالف لما ذكره الشارح إلا أن يحمل ما ذكره على ما إذا لم يمكن تنحيته بغير ذلك ، وما هنا على ما إذا أمكن فليتأمل ، والله تعالى أعلم .

باب القود فيما دون النفس

لما فرغ من بيان القصاص فى النفس أتبعه بما هو بمنزلة التبع وهو القصاص فى الأطراف عناية . ثم اعلم أنه لا يقاد جرح إلا بعد برئه خلافا للشافعى كما سيأتى آخر الشجاج (قوله رعاية حفظ المماثلة) الأولى الاقتصار على المتن ، فإن الرعاية الحفظ ط (قوله فيقاد الخ) أى سواء حصل الضرب بسلاح أو غيره ، لما قدمه أنه ليس فيما دون النفس شبه عمد (قوله من المفصل) وزان مسجد أحد مفاصل الأعضاء مصباح (قوله من نصف ساعد الخ)

أو من قصبة أنف لم يقد لامتناع حفظ المماثلة وهى الأصل فى جريان القصاص (وإن كانت يده أكبر منها) لاتحاد المنفعة (وكذا) الحكم فى (الرجل والمارن والأذن، و) كذا (عين ضربت فزال ضوؤها وهى قائمة) غير منخسفة (فيجعل على وجهه قطن رطب وتقابل عينه بمرآة محماة ، ولو قلعت لا) قصاص لتعذر المماثلة .

وفى المجتبى : فقأ اليمنى ويسرى الفاقئ ذاهبة اقتص منه وترك أعمى . وعن الثانى لا قود فى فقء عين حولاء

المراد به مالا يكون من المفصل (قوله أو من قصبة أنف) أتى بمن عطفا على من الأولى لاعلى ساعد لأنه لاقصاص بقطع القصبة كلها أو نصفها لأنها عظم كما فى الجوهرة (قوله لامتناع حفظ المماثلة) لأنه قد يكسر زيادة من عضو الجانى أو يقع خلل فيه زائد ط (قوله وإن كانت يده أكبر منها) أى من المقطوعة ، وهذا بخلاف ماإذا شجه موضحة فأخذت الشجة مابين قرنى المشجوج ولا تأخذ مابين قرنى الشاج لكبر رأسه حيث اعتبر الكبر ، وخير المشجوج بين الاقتصاص بمقدار شجته وبين أخذ أرش الموضحة ، لأن المعتبر فى ذلك الشين ، وبالاقتصاص بمقدارها يكون الشين فى الثانية أقل ، وبأخذه مابين قرنى الشاج زيادة على حقه فانتفت المماثلة صورة ومعنى ، فإن شاء استوفاها معنى وهو بمقدار شجته ويترك الصورة ؛ وإن شاء أخذ أرشها . أما اليد الكبيرة والصغيرة فمنفعتهما لاتختلف عناية وغيرها ، وقيد بالكبر لأنه لاتقطع الصحيحة بالشلاء ولا اليمين باليسرى وعكسه كما فى الجوهرة ويأتى تمامه (قوله والمارن) هو مالان من الأنف ، واحترز به عن القصبة كما مر . قال ط : وإذا قطع بعضه لايجب ذخيرة . وفى الأرنبة حكومة عدل على الصحيح خزانة المفتين ؛ وإن كان أنف القاطع أصغر خير المقطوع أنفه الكبير إن شاء قطع وإن شاء أخذ الأرش محيط . وكذا إذا كان قاطع الأنف أخشم لايجد الريح ، أو أصرم الأنف أو بأنفه نقصان من شىء أصابه فإن المقطوع مخير بين القطع وبين أخذ دية أنفه ظهيرية اه (قوله والأذن) أى كلها ؛ وكذا بعضها إن كان للقطع حد يعرف تمكن فيه المماثلة وإلا سقط القصاص إتقانى ، ولو كانت أذن القاطع صغيرة أو خرقاء أو مشقوقة والمقطوعة كبيرة أو سالمة خير المجنى عليه ، إن شاء قطع وإن شاء ضمن نصف الدية وإن كانت المقطوعة ناقصة كان له حكومة عدل تاترخانية (قوله وكذا عين الخ) ولو كبيرة بصغيرة وعكسه ، وكذا يقتص من اليمنى باليسرى لابالعكس بل فيه الدية خلافا للخانية : ولو ذهب بياضها ثم أبصر فلا شىء عليه أى إن عاد كما كان ، فلو دونه فحكومة كما لو ابيضت مثلا كما فى القهستانى عن الذخيرة در منتقى .

أقول : قوله وكذا يقتص الخ فى القهستانى خلافه : والذى فى الخانية هو مايذكره عن المجتبى قريبا . وفى الجوهرة أجمع المسلمون على أنه لاتؤخذ العين اليمنى باليسرى ولا اليسرى باليمنى اه ويأتى تمامه قريبا فتنبه (قوله فزال ضوؤها) قال بعضهم : يعرف ذلك إذا أخبر رجلان من أهل العلم به . وقال ابن مقاتل بأن لاتدمع إذا قوبلت مفتوحة للشمس (قوله فيجعل الخ) هذه الحادثة وقعت فى زمن عثمان رضى الله تعالى عنه فشاور الصحابة فلم يجيبوه حتى جاء على وقضى بالقصاص وبين هكذا ولم ينكر عليه فاتفقوا عليه معراج (قوله بمرآة) بكسر الميم ومد الهمزة : آلة الرؤية . ورأيت بخط بعض العلماء أن المراد بها هنا فولاذ صقيل يرى به الوجه لا المرآة المعروفة من الزجاج (قوله وعن الثانى الخ) عبارة المجتبى : ولو فقأ عينا حولاء والحول لايضر ببصره يقتص منه وإلا ففيه حكومة عدل . عن أبى يوسف : لاقصاص فى فقء العين الحولاء مطلقا اه . وظاهره ترجيح الأول ، وعليه اقتصر فى الخانية نقلا عن أبى الحسن ، لكن قال قبله بورقة : ولا قصاص فى عين الأحول ، وظاهره الإطلاق ، وعادته تقديم ماهو الأشهر فلذا اقتصر عليه الشارح ، وكذا ظاهر كلام الشرنبلالية الميل إليه فافهم .

[تنبيه] ضرب عين إنسان فابيضت بحيث لايبصر بها لاقصاص فيه عند عامة العلماء لتعذر المماثلة فقأ عين

(و) كذا هو أيضا (فى كل شجة يراعى) ويتحقق (فيها المماثلة) كموضحة .

(ولا قود فى عظم إلا السن وإن تفاوتا) طولا أو كبرا لما مر (فتقلع إن قلعت ، وقيل تبرد إلى) اللحم (موضع أصل السن) ويسقط ما سواه لتعذر المماثلة إذ ربما تفسد لهاته ، وبه أخذ صاحب الكافى . قال المصنف وفى المجتبى وبه يفتى (كما تبرد) إلى أن يتساويا إن كسرت .

رجل وفى عين الفاقئ بياض ينقصها فللرجل أن يفقأ البيضاء أو أن يأخذ أرش عينه . جنى على عين فيها بياض يبصر بها وعين الجانى كذلك فلا قصاص بينهما . وفى العين القائمة الذاهب نورها حكومة عدل ، وكذا لو ضربها فابيض بعض الناظر أو أصابها قرحة أو ريح أو سبل أو شىء مما يهيج بالعين فنقص من ذلك تاترخانية (قوله كموضحة) هى التى توضح العظم : أى تظهره ، وكذا يجب القصاص فيما دونها فى ظاهر الرواية كما سيأتى فى الشجاج (قوله إلا السن) استثناء متصل أو منقطع ، فإن الأطباء اختلفوا فقيل إنه عصب يابس لأنه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة ؛ وقيل عظم وكأنه وقع عند صاحب الهداية أنه عظم ، حتى قال : والمراد منه غير السن ، وعليه فالاستثناء متصل . والفرق بينه وبين غيره إمكان المساواة بأن يبرد بالمبرد معراج وعناية (قوله لما مر) أى من اتحاد المنفعة وفيه إشارة إلى أنها أصلية سليمة . فنى القهستانى : أل للعهد أى سن أصلية فلا قصاص فى السن الزائدة اه أى بل فيها حكومة عدل كما فى التاترخانية . وفيها أيضا : وسن الجانى سوداء أو صفراء أو حمراء أو خضراء ، إن شاء المجنى عليه اقتص أو ضمنه أرش سنه خمسمائة ، ولو المعيب سن المجنى عليه فله الأرش حكومة عدل ولا قصاص (قوله موضع أصل السن) بدل مما قبله ط (قوله ويسقط ماسواه) أى ما كان داخلا فى اللحم (قوله إذ ربما تفسد لهاته) أى لو قلع ، والتعبير باللهاة وقع فى النهاية وتبعه الزيلعى والمصنف والشارح ، والصواب لثاته كما وقع فى الكفاية ه قال فى المغرب : اللهاة لحمة مشرفة على الحلق ، وقوله من تسحر بسويق لابد أن يبقى بين أسنانه ولهاته شىء كأنه تصحيف لثاته وهى لحمات أصول الأسنان اه (قوله وبه أخذ صاحب الكافى) أى بالقول بالبرد وعليه مشى شراح الهداية ، وعزوه إلى الذخيرة والمبسوط ، وتبعهم فى الجوهرة والتبيين ، ولم يتعرضوا للقول بالقلع أصلا ، بل قالوا لاتقلع وإنما تبرد مع أنه فى الهداية قال : ولو قلع من أصله يقلع الثانى فيتماثلان ، وكأن الشراح لم يرتضوا به لكن مشى عليه فى مختصر الوقاية والملتقى والاختيار والدرر وغيرها . ونقل الطورى عن المحيط أن فى المسألة روايتين . ونقل بعضهم عن المقدسى أنه قال : ينبغى اختيار البرد خصوصا عند تعذر القلع ، كما لو كانت أسنانه غير مفلجة بحيث يخاف من قلع واحد أن يتبعه غيره أو أن تفسد اللثة اه .

قلت : يؤيده مافى شرح مسكين عن الخلاصة : النزع مشروع ، والأخذ بالمبرد احتياط اه (قوله قال المصنف الخ) لم أره فى المنح ولا فى المجتبى (قوله كما تبرد إلى أن يتساويا إن كسرت) هذا إذا لم يسود الباقى وإن اسود لايجب القصاص ، فإن طلب المجنى عليه استيفاء قدر المكسورة وترك مااسود لايكون له ذلك . وفى ظاهر الرواية إذا كسر السن لاقصاص فيه خانية ، وسيأتى فى كتاب الديات . وفى البزازية قال القاضى الإمام : وفى كسر بعض السن إنما يبرد بالمبرد إذا كسر عن عرض ، أما لو عن طول ففيه الحكومة اه شرنبلالية . وفى التاترخانية إن كسر مستويا يمكن استيفاء القصاص منه اقتص وإلا فعليه أرش ذلك ، فى كل سن خمس من الإبل أو البقر اه فعلم تقييده أيضا بما إذا أمكن فيه المساواة .

وفى الخالية ضرب سن رجل فاسود فنزعها آخر فعلى الأول أرش تام خمسمائة وعلى الثانى حكومة عدل اه .

وفى المجتبى : يؤجل حولا ، فإن لم تثبت يقتص : وقيل يؤجل الصبى لا البالغ ، فلو مات الصبى فى الحول برئ : وقال أبو يوسف : فيه حكومة عدل ، وكذا الخلاف إذا أجل فى تحريكه فلم يسقط ، فعند أبى يوسف تجب حكومة عدل الألم : أى أجر القلاع والطبيب اه وسنحققه :

(وتؤخذ الثنية بالثنية والناب بالناب ، ولا يؤخذ الأعلى بالأسفل ولا الأسفل بالأعلى) مجتبى :

والحاصل أنه لا يؤخذ عضو إلا بمثله :

(و) لا قود عندنا فى (طرفى رجل وامرأة و) طرفى (حر وعبد و) طرفى (عبدين) لتعذر المماثلة

وفيها : كسر ربع سن رجل وربع سن الكاسر(١) مثل سن المكسور ذكر ابن رستم أنه يكسر من الكاسر ، ولا يعتبر فيه الصغر والكبر بل يكون على قدر ماكسر ، وكذا لو قطع أذن إنسان أو يده وأذن القاطع أو يده أطول اه :

[تنبيه] قال فى الخلاصة : ولو كسر بعض السن فسقط الباقى لايجب القصاص فى المشهور من الرواية ، ولو ضربها فتحركت ولم تتغير فقلعها آخر فعلى كل حكومة عدل اه (قوله فإن لم تثبت يقتص) أى فيما إذا قلعت ؛ وذكر فى المجتبى أيضا أنه إذا كسر بعضها ينتظر حولا ، فإذا لم تتغير تبرد ، وكذا ذكر فيما إذا تحركت ينتظر حولا فإن احمرت أو اخضرت أو اسودت تجب ديتها فى ماله قال : وفى الاصفرار اختلاف المشايخ (قوله وقيل يؤجل الصبى) عبارة المجتبى والأصل عندنا أنه يستأنى فى الجنايات كلها عمدا كان أو خطأ ومحمد ذكر الاستيناء فى التحريك دون القلع :

واختلف فى القلع . قال القدورى : يستأنى الصبى دون البالغ ، وقيل يستأنى فيهما اه . ونقل ط عن الظهيرية إن ضرب سن رجل فسقطت ينتظر حتى يبرأ موضع السن ولا ينتظر حولا إلا فى رواية المجرد ، والصحيح هو الأول لأن نبات سن البالغ نادر اه وسينقله الشارح فى الشجاج عن الخلاصة والنهاية ، ويأتى تحقيقه هناك إن شاء الله تعالى (قوله فلو مات الصبى فى الحول برئ) أى لو مات الصبى قبل تمام السنة فلا شىء على الجانى عند أبى حنيفة مجتبى (قوله وكذا الخلاف الخ) قال فى المجتبى : إذا استأنى فى التحريك فلم يسقط فلا شىء عليه وقال أبو يوسف : تجب حكومة عدل الألم : أى أجر القلاع والطبيب ، وإن سقط يجب القصاص فى العمد ، والدية فى الخطأ ، فإن قال الضارب سقط لابضربى فالقول للمضروب استحسانا اه زاد فى التاترخانية : وليس هذا فى شىء من الجنايات إلا فى السن للأثر ، فإن جاء بعد السنة والسن ساقط فقال الضارب سقط فى السنة فالقول للمضروب أنها سقطت من ضربه ، وإن قال بعد السنة فللضارب (قوله حكومة عدل الألم) حكومة العدل بمعنى الأرش فكأنه قال أرش الألم اه ح ، أو يقال الإضافة بيانية ، أى حكومة هى عدل الألم : أى مايعادله من الدراهم تأمل (قوله أى أجر القلاع) الذى رأيته فى التاترخانية أجر العلاج (قوله وسنحققه) أى فى أثناء فصل الشجاج وفى آخره (قوله والحاصل الخ) أفاد أن ذلك ليس خاصا فى السن بل غيرها كذلك :

قال فى الجوهرة : وأجمع المسلمون على أنه لا تؤخذ العين اليمنى باليسرى ولا اليسرى باليمنى وكذا اليدان والرجلان وكذا أصبعهما ، ويؤخذ إبهام اليمنى باليمنى والسبابة بالسبابة والوسطى بالوسطى ، ولا يؤخذ شىء من أعضاء اليمنى إلا باليمنى ولا اليسرى إلا باليسرى اه (قوله ولا قود عندنا الخ) فيجب الأرش فى ماله حالا جوهرة (قوله فى طرفى رجل وامرأة) عبارة القدورى : ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس الخ :

---

(١) (قوله وربع سن الكاسر) أقول : الظاهر أن لفظة ربع زائدة اه مؤلفه .

بدليل اختلاف دينهم وقيمتهم والأطراف كالأموال ه

قلت : هذا هو المشهور ، لكن فى الواقعات : لو قطعت المرأة يد رجل كان له القود لأن الناقص يستوفى بالكامل إذا رضى صاحب الحق ، فلا فرق بين حر وعبد ولا بين عبدين وأقره القهستانى والبرجندى :

(وطرف المسلم والكافر سيان) للتساوى فى الأرش : وقال الشافعى : كل من يقتل به يقطع به ومالا فلا (و) لا فى (قطع يد من نصف الساعد) لما مر (و) لا فى (جائفة برئت) فلو لم تبرأ ، فإن سارية يقتص وإلا ينتظر البرء أو السراية ابن كمال (ولسان وذكر) ولو من أصلهما به يفتى شرح وهبانية ، وأقره المصنف لأنه ينقبض وينبسط :

قلت : لكن جزم قاضيخان بلزوم القصاص ، وجعله فى المحيط قول الإمام : ولصه قال أبو حنيفة :

ومفاده أن المراد بالطرف مادون النفس فيشمل السن والعين والأنف ونحوها ، وهو مفاد الدليل الآتى :

وفى الكفاية : فإن قيل قوله تعالى — والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن — مطلق يتناول مواضع النزاع : قلنا : قد خص منه الحربى المستأمن والعام إذا خص يجوز تخصيصه بخبر الواحد اهـ :

وفى الشرنبلالية عن المحيط : قيل لا يجرى القصاص فى الشجاج بين الرجل والمرأة لأن مبناه على المساواة فى المنفعة والقيمة ولم توجد : وقيل يجرى ، ونص عليه محمد فى المبسوط لأن فى قطع الأطراف تفويت المنفعة وإلحاق الشين وقد تفاوتا ، وليس فى هذه الشجاج تفويت منفعة ، وإنما هو إلحاق الشين وقد تساويا فيه اهـ واقتصر فى الاختيار على الثانى فتأمل (قوله بدليل الخ) قال الزيلعى : ولنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال لأنها وقاية الأنفس كالأموال ، ولا مماثلة بين طرفى الذكر والأنثى للتفاوت بينهما فى القيمة بتقويم الشارع ، ولا بين الحر والعبد ، ولا بين العبدين للتفاوت فى القيمة ، وإن تساويا فيها فذلك بالحزر والظن وليس بيقين فصار شبهة فامتنع القصاص ، بخلاف طرفى الحرين لأن استواءهما متيقن بتقويم الشرع ، وبخلاف الأنفس لأن القصاص فيها يتعلق بإزهاق الروح ولا تفاوت فيه اهـ ؛ وبه يحصل الجواب عن قول الإمام الشافعى الآتى حيث ألحق الأطراف بالأنفس (قوله قلت هذا هو المشهور) وهو المذكور فى الشروح والمستفاد من إطلاق المتون فكان هو المعتمد :

وقد ذكر فى الكفاية الفرق بين عدم جواز استيفاء الناقص بالكامل هنا وبين جوازه فيما يأتى إذا كان القاطع أشل أو ناقص الأصابع بما حاصله لأن النقصان هنا أصلى فيمنع القصاص لفوات محله وفيما يأتى كان التساوى ثابتا فى الأصل والتفاوت بأمر عارض (قوله ولا بين عبدين) فلصاحب العبد الأعلى اختيار الاستيفاء من الأدنى ط (قوله وطرف المسلم والكافر) أى وطرف الكافر : أى الذمى سيان أى متساويان فيجرى فيهما القصاص ، وكذا بين المرأتين المسلمة والكتابية ، وكذا بين الكتابيتين جوهرة (قوله ولا فى قطع يد الخ) أى بل فيه حكومة عدل إتقانى (قوله لما مر) أى من امتناع رعاية المماثلة ط (قوله ولا فى جائفة برئت) لأن البرء نادر فيفضى الثانى إلى الهلاك ظاهرا هداية . والجائفة : هى التى تصل إلى البطن من الصدر أو الظهر أو البطن فلا قصاص لانتفاء شرطه بل يجب ثلث الدية ، ولا تكون الجائفة فى الرقبة والحلق واليدين والرجلين ، ولو فى الأنثيين والدبر فهى جائفة إتقانى (قوله فإن سارية) بأن مات منها . والأخصر أن يقال فلو لم تبرأ ينتظر البرء أو السراية فيقتص (قوله به يفتى) وهو الصحيح قهستانى عن المضمرات ، وهو مفاد إطلاق المتون ولا سيما والاستثناء من أدوات العموم وهو قولهم إلا أن يقطع الحشفة فيفيد أن لا قصاص فى قطع غيرها أصلا (قوله لكن جزم قاضيخان بلزوم القصاص) يعنى فى الذكر وحده إذا قطع من أصله لا فى اللسان فإنه قال فى الخانية : رجل قطع

إن قطع الذكر ذكره من أصله أو من الحشفة اقتص منه إذ له حد معلوم ، وأقره فى الشرنبلالية فليحفظ (إلا أن يقطع) كل (الحشفة) فيقتص ، ولو بعضها لا ء وسيجىء ما لو قطع بعض اللسان .

(ويجب القصاص فى الشفة إن استقصاها بالقطع) لإمكان المماثلة (وإلا) يستقصها (لا) يقتص مجتبى وجوهرة . وفى لسان أخرس وصبى لا يتكلم حكومة عدل (فإن كان القاطع أشل أو ناقص الأصابع أو كان رأس الشاج أكبر) من المشجوج (خير المجنى عليه بين القود و) أخذ (الأرش) وعلى هذا فى السن وسائر الأطراف التى تقاد إذا كان طرف الضارب والقاطع معيبا يتخير المجنى عليه بين أخذ المعيب والأرش كاملا . قال برهان الدين هذا لو الشلاء ينتفع بها ، فلو لم ينتفع بها لم تكن محلا للقود ، فله دية كاملة بلا خيار ، وعليه

لسان إنسان ذكر فى الأصل أنه لا قصاص فيه . وقال أبو يوسف : لا قصاص فى بعض اللسان اه .

ثم قال فى الخانية : وفى قطع الذكر من الأصل عمدا قصاص ، وإن قطع من وسطه فلا قصاص فيه وهذا فى ذكر الفحل ، فأما فى ذكر الخصى والعنين حكومة عدل . وفى ذكر المولود إن تحرك يجب القصاص إن كان عمدا ، والدية إن كان خطأ ، وإن لم يتحرك كان فيه حكومة عدل . ولا قصاص فى قطع اللسان اه فقد فرق بين اللسان والذكر كما ترى ، ولعله لعسر استقصاء اللسان من أصله ، بخلاف الذكر ، لكن قاضيخان نفسه حكى فى شرحه على الجامع الصغير رواية أبى يوسف فى الذكر واللسان وصحح قول الإمام ، فإنه قال فيما إذا قطع ذكر مولود بدا صلاحه بالتحرك ، وإن قطع الذكر من أصله عمدا اختلفت الروايات فيه : روى بشر عن أبى يوسف أنه يجب فيه القصاص . وروى محمد عن أبى حنيفة عدمه اه ملخصا . ثم قال : وإن قطع لسان صبى قد استهل ففيه حكومة عدل لأنه لم يعرف صلاحه بالدليل ، وإن تكلم ففيه دية كاملة ، ولم يذكر فيه القود فدل على أنه لا يجب القصاص فى اللسان قطع كله أو بعضه وهكذا روى عن أبى حنيفة . وعن أبى يوسف : إذا قطع الكل يجب القصاص ، والصحيح قول أبى حنيفة اه وقد علمت أن قول الإمام هو ظاهر إطلاق المتون . وفى القهستانى أنه ظاهر الرواية . وفى تصحيح العلامة قاسم والصحيح ظاهر الرواية (قوله إن قطع الذكر ذكره من أصله) كذا فى عامة النسخ ولفظ الذكر ساقط من عبارة الشرنبلالية ، والمراد به الرجل وهو فاعل قطع وذكره مفعوله أى ذكر رجل آخر ، واحترز بذلك عما لو كان القاطع أو المقطوع امرأة فإنه لا قصاص كما لا يخفى (قوله وأقره فى الشرنبلالية) لكن قال الشرنبلالى فى شرحه على الوهبانية : والفتوى على أنه لا قصاص فى اللسان والذكر وهو قول الجمهور كما فى الهداية وغيرها اه (قوله وسيجىء) أى في أول كتاب الديات (قوله فإن كان القاطع أشل) أى فى حال القطع ، أما إذا كانت يد القاطع صحيحة ثم شلت بعد القطع فلا حق للمقطوع فى الأرش لأن حق المقطوع كان متقررا فى اليد فيسقط بقدر هلاك المحل اه ط عن الولوالجية (قوله أو كان رأس الشاج أكبر) بأن كانت الشجة تستوعب ما بين قرنى المشجوج دون الشاج ، وفى عكسه يخير أيضا لأنه يتعذر الاستيفاء كملا للتعدى إلى غير حقه ، وكذا إذا كانت الشجة فى طول الرأس وهى تأخذ من جبهته إلى قفاه ولا تبلغ إلى قفا الشاج فهو بالخيار هداية (قوله خير المجنى عليه الخ) لأن استيفاء الحق كملا متعذر فله أن يتجوز بدون حقه ، وله أن يعدل إلى العوض .

ولو سقطت : أى يد الجانى لآفة قبل اختيار المجنى عليه أو قطعت ظلما فلا شىء عندنا لأن حقه متعين فى القصاص ، وإنما ينتقل إلى المال باختياره فيسقط بفواته ، بخلاف ما إذا قطعت بحق عليه من قصاص أو سرقة حيث يجب عليه الأرش لأنه : أي الجاني أوفى به حقا مستحقا فصارت سالمة له هداية . قال الزيلعى : بخلاف

الفتوى مجتبى . وفيه : لا تقطع الصحيحة بالشلاء .

(ويسقط القود بموت القاتل) لفوات المحل (ويعفو الأولياء ويصلحهم على مال ولو قليلا ، ويجب حالا) عند الإطلاق (وبصلح أحدهم وعفوه ، ولمن بقى) من الورثة (حصته من الدية) فى ثلاث سنين على القاتل هو الصحيح ، وقيل على العاقل ملتقى .

(أمر الحر القاتل وسيد) العبد (القاتل رجلا بالصلح عن دمهما) الذى اشتركا فيه (على ألف ففعل المأمور الصلح عن دمهما (فالألف على) الحر والسيد (الآمرين نصفان) لأنه مقابل بالقود وهو عليهما سوية فبدله كذلك .

(ويقتل جمع بمفرد إن جرح كل واحد جرحا مهلكا) لأن زهوق الروح يتحقق بالمشاركة لأنه غير متجزئ

النفس إذا وجب على القاتل القصاص لغيره فقتل به حيث لا يضمن لأنها ليست بمعنى المال فلم تسلم له (قوله مجتبى) نقله عنه فى المعراج وأقره ، وذكره فى التاترخانية أيضا (قوله لا تقطع الصحيحة بالشلاء) هذا نظير ما قدمه من أنه لا تقاد العين الصحيحة بالحولاء .

وفى التاترخانية إذا كان باليد المقطوعة جراحة لا توجب نقصان دية اليد بأن كان نقصانا لا يوهن فى البطش فإنه لا يمنع وجوب القصاص ، وإن كان يوهن حتى يجب بقطعه حكومة عدل لا نصف الدية كان بمنزلة اليد الشلاء ، ولا تقطع الصحيحة بالشلاء اهـ ملخصا (قوله ويسقط القود بموت القاتل) ولا يجب للولى شىء من التركة قهستانى ، وكذا يسقط فيما دون النفس كما هو ظاهر أفاده الرملى ، وقدمنا آنفا أنه يسقط أيضا لو تلفت يد القاطع لآفة أو ظلما لا لو بحق (قوله ولو قليلا) بخلاف الخطإ فإن الدية مقدرة شرعا والصلح على أكثر منها ربا . وأما القصاص فليس بمال فكان التقويم بالعقد فيتقوم بقدر ما أوجبه الصلح قل أو كثر معراج ، وبه ظهر أن الظاهر أن يقول ولو كثيرا ليكون إشارة إلى الفرق بين الخطإ والعمد تدبر (قوله ويجب حالا عند الإطلاق) لأنه ثبت بعقد والأصل فى مثله الحلول كثمن ومهر حموى ، وأشار بقوله عند الإطلاق إلى أنه لا يتأجل إلا بالشرط أفاده البدر العينى آخر فصل الشجاج ط (قوله وقيل على العاقلة) جرى عليه فى الاختيار وشرح المجمع ، ورده محشيه العلامة قاسم بما فى الأصل والجامع الصغير والمبسوط والمحيط والهداية والكافى وسائر الكتب أنه على القاتل فى ماله . قال : وهو الثابت رواية ودراية ، وتمامه فى ط ، وكذا رده فى تصحيحه بأنه ليس قولا لأحد مطلقا (قوله بالصلح) متعلق بأمر (قوله إن جرح كل واحد جرحا مهلكا) أى معا لا متعاقبا كما يعلم من قوله قبل هذا الباب قطع عنقه وبقى من الحلقوم قليل الخ .

وفى الجوهرة : إذا جرحه جراحة لا يعيش معها وجرحه آخر أخرى فالقاتل هو الأول ، وهذا إذا كانت الجراحتان على التعاقب ، فلو معا فهما قاتلان اهـ زاد فى الخلاصة : وكذا لو جرحه رجل عشر جراحات والآخر واحدة فكلاهما قاتلان لأن المرء قد يموت بواحدة ويسلم من الكثير .

وفى القهستانى عن الخانية : لو قتلا رجلا أحدهما بعصا والآخر بحديد عمدا لا قصاص وعليهما الدية مناصفة .

وفى حاشية أبى السعود : ولو جرح جراحات متعاقبة ومات ولم يعلم المثخن منها وغير المثخن يقتص من الجميع لتعذر الوقوف على المثخن وغيره كما فى فتاوى أبى السعود أى مفتى الروم . وأما إذا وقف على المثخن وغيره ولا يكون إلا قبل موته فالقصاص على الذى جرح جرحا مهلكا كما فى الخلاصة والبزازية اهـ (قوله لأنه غير متجزئ) واشترك الجماعة فيما لا يتجزأ يوجب التكامل فى حق كل واحد منهم فيضاف إلى كل واحد منهم

بخلاف الأطراف كما سيجيء (وإلا لا) كما فى تصحيح العلامة قاسم . وفى المجتبى : إنما يقتلون إذا وجد من كل جرح يصلح لزهوق الروح ، فأما إذا كانوا نظارة أو مغرين أو معينين بإمساك واحد فلا قود عليهم ، والأولى أن يعرف الجمع بلام العهد ؛ فإنه لو قتل فرد جمع أحدهم أبوه أو مجنون سقط القود قهستانى .

(و) يقتل (فرد بجمع اكتفاء) به للباقين خلافا للشافعى (إن حضر وليهم ، فإن حضر) ولى (واحد قتل به وسقط) عندنا (حق البقية كموت القاتل) حتف أنفه لفوات المحل كما مر .

(قطع رجلان) فأكثر (يد رجل) أو رجله أو قلعا سنه ونحو ذلك مما دون النفس جوهرة (بأن أخذا سكينا وأمراها على يده حتى انفصلت فلا قصاص) عندنا (على واحد منهما) أو منهم لانعدام المماثلة لأن الشرط فى الأطراف المساواة فى المنفعة والقيمة ، بخلاف النفس فإن الشرط فيها المساواة فى العصمة فقط درر (وضمنا) أو ضمنوا (ديتها) على عددهم بالسوية (وإن قطع واحد يمينى رجلين فلهما قطع يمينه ودية يد) بينهما إن

كملا كأنه ليس معه غيره كولاية الإنكاح زيلعى وذكر أنه ثبت بإجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم (قوله بخلاف الأطراف) فإن القطع فيها يتجزأ فلا تقطع الجماعة بقطع الواحد كما سيجىء قريبا (قوله وإلا لا) شامل لما إذا جرح البعض جرحا مهلكا والبعض جرحا غير مهلك ومات فالقود على ذى الجرح المهلك وعلى الباقين التعزير ، وهل يجب عليهم شىء غير التعزير يحرر ، وشامل لما إذا جرح كل جرحا غير مهلك أفاده ط . وأقول : الظاهر فى الثانية وجوب الدية عليهم لو عمدا ، أو على عاقلتهم لوغير عمد تأمل (قوله نظارة) بفتح النون وتشديد الظاء المعجمة . قال فى القاموس : القوم ينظرون إلى الشىء (قوله أو مغرين) من الإغراء : أى حاملين له على قتله (قوله فلا قود عليهم) أى ولا دية ط ، بخلاف ما إذا قطع الطريق واحد واستعد الباقون لمعاونته حيث يجرى حد قطاع الطريق على جميعهم أبو السعود عن الشيخ حميد الدين (قوله بلام العهد) أى الجمع المعهود فى ذهن الفقيه وهو الجمع الذى لم يكن معه من لا يجب عليه القود كما مر بيانه ويأتى قريبا .

[تتمة] عفا الولى عن أحد القاتلين أو صالحه لم يكن له أن يقتص غيره كما فى جواهر الفقه وغيره ، لكن فى قاضيخان وغيره أن له اقتصاصه قهستانى .

قلت : وبالثانى أفتى الرملى كما فى أول الجنايات من فتاواه (قوله خلافا للشافعى) حيث قال : يقتل بالأول منهم إن قتلهم على التعاقب ، ويقضى بالدية لمن بعده فى تركته ، وإن قتلهم جميعا معا أو لم يعرف الأول منهم يقرع بينهم ويقضى بالقود لمن خرجت له القرعة وبالدية للباقين ، وقيل لهم جميعا وتقسم الديات بينهم منح (قوله كما مر) أى قريبا (قوله بأن أخذ الخ) قيد به ، لأنه لو أمر أحدهما السكين من جانب والآخر من جانب آخر حتى التقى السكينان فى الوسط وبانت اليد لا يجب القود على واحد منهما اتفاقا إذ لم يوجد من كل منهما إمرار السلاح إلا على بعض العضو زيلعى (قوله عندنا) وعند الشافعى تقطع يداهما اعتباراً بالأنفس (قوله لانعدام المماثلة الخ) بيانه أن كل واحد منهما قاطع للبعض لأن ما قطع بقوة أحدهما لم ينقطع بقوة الآخر فلا يجوز أن يقطع الكل بالبعض ولا الثنتان بالواحدة لانعدام المساواة ، فصار كما إذا أمر كل واحد من جانب زيلعى ، وانظر ما فى المنح (قوله والقيمة) أى الدية (قوله بخلاف النفس الخ) ولهذا لا تقطع الصحيحة بالشلاء، ولا يد الحر بعبد أو امرأة ، وتقتل النفس السالمة عن العيوب بقتل المعيبة ، وكذا الإثنان بالواحد فلا يصح القياس على النفس (قوله يمينى رجلين) قيد به لأنه إذا قطع يمين رجل ويسار آخر تقطع يداه لهما جميعا ، وكذلك لو قطعهما من رجل واحد لعدم التضايق ووجود المماثلة إتقانى (قوله فلهما قطع يمينه الخ) سواء قطعهما معا أو على التعاقب . وقال الشافعى : فى التعاقب

حضرا معا (وإن أحضرا أحدهما وقطع له فللآخر عليه) أى على القاطع (نصف الدية) لما مر أن الأطراف ليست كالنفوس .

(ولو قضى بالقصاص بينهما ثم عفا أحدهما قبل استيفاء الدية فللآخر القود) وعند محمد له الأرش (ويقاد عبد أقر بقتل عمدا) خلافا لزفر (ولو أقر بخطأ) أو بمال (لم ينفذ إقراره) على مولاه ، بل يكون فى رقبته إلى أن يعتق كما نقله المصنف عن الجوهرة . قال : وظاهر كلام الزيلعى بطلان إقراره بالخطإ أصلا يعنى لا فى حقه ولا فى حق سيده ، ونحوه فى أحكام العبيد من الأشباه معللا بأن موجبه الدفع أو الفداء اه فتأمله ،

يقطع بالأول ، وفى القران يقرع هداية (قوله أى على القاطع) أى قاطع الرجلين (قوله نصف الدية) خمسة آلاف درهم وهى دية اليد الواحدة إتقانى ، فالمراد نصف دية النفس (قوله لما مر الخ) أى قريبا ، وأراد بيان الفرق بين الأطراف وبين النفس ، فإنه لو قتل لمن حضر سقط حق من غاب ، وذلك أن الأطراف فى حكم الأموال والقود ثابت لكل على الكمال ، فإذا استوفى أحدهما تمام حقه بقى حق الآخر فى تمام دية اليد الواحدة ، وإنما كان للحاضر الاستيفاء لثبوت حقه بيقين وحق الآخر متردد لاحتمال أن لا يطلب أو يعفو مجانا أو صلحا كما فى الدرر (قوله ولو قضى بالقصاص بينهما) أى وبدية اليد (قوله وعند محمد له الأرش) أى دية يد كلها وللعافى نصفها مجمع . قال شارحه : لأن القصاص والأرش كان مشتركا بينهما بالقضاء فلما أسقط أحدهما حقه فى نصف القصاص بالعفو انقلب نصيب الآخر مالا ، فيستوفى العافى نصف الأرش الذى كان مشتركا بينهما وغير العافى تمام الأرش ، نصفه من المشترك ونصفه من المنقلب مالا اه . قال ط : وذكر فى البرهان أنه الاستحسان وجعل قولهما قياسا ، وظاهره أن المعتمد قول محمد اه .

قلت : وظاهر الشروح ترجيح قولهما ، وعليه اقتصر الإتقانى نقلا عن شرح الكافى ومختصر الكرخى معللا بأن حق كل ثبت فى جميع اليد ، وإنما ينتقص بالمزاحمة ، فإذا زالت بالعفو بقى حق الآخر بحاله كالغريمين والشفيعين (قوله ويقاد عبد أقر بقتل عمد) لأنه غير متهم فيه لأنه مضر به فيقبل ولأنه مبقى على أصل الحرية فى حق الدم عملا بالآدمية ، حتى لا يصح إقرار المولى عليه بالحدود والقصاص وبطلان حق المولى بطريق الضمن فلا يبالى به هداية (قوله وظاهر كلام الزيلعى) حيث قال : بخلاف الإقرار بالمال لأنه إقرار على المولى بإبطال حقه قصدا لأن موجبه بيع العبد أو الاستسعاء ، وكذا إقراره بالقتل خطأ لأن موجبه دفع العبد أو الفداء على المولى . ولا يجب على العبد شئ ولا يصح سواء كان محجورا عليه أو مأذونا له فى التجارة لأنه ليس من باب التجارة فيكون باطلا اه (قوله يعنى لا فى حقه الخ) الأولى حذف لا فى الموضعين ط (قوله معللا) أى الزيلعى لا صاحب الأشباه فإنه لم يذكر تعليلا ، لأنه قال : وكذا إقراره بجناية موجبة للدفع أو الفداء غير صحيح بخلافه بحد أو قود اه . اللهم إلا أن يقال وصفه الجناية بقوله موجبه الخ فى معنى التعليل (قوله فتأمله) يشير إلى أن ما فهمه المصنف من كلام الزيلعى غير ظاهر لأن مفاد التعليل بطلان الإقرار فى حالة الرقية إذ لا يتأتى إلزام المولى بالدفع أو الفداء بعد العتق فيطالب به العبد إذا عتق لعدم وجود العلة فافهم . ويدل على ذلك تعليل الزيلعى أيضا لبطلان الإقرار بالمال بأنه إقرار على المولى : ولا يكون ذلك بعد العتق . ولا شبهة أن إقرار العبد المحجور بالمال مؤخر إلى ما بعد العتق ، إذ لا ضرر بالمولى بعده ، ولذا قال العلامة الرملى إن ما فى الجوهرة هو محمل كلام الزيلعى والأشباه بلا اشتباه اه .

قلت : لكن سيذكر الشارح فى باب جناية المملوك نقلا عن البدائع أن الخطأ إنما يثبت بالبينة وإقرار المولى

لكن علله القهستانى بأنه إقرار بالدية على العاقلة اهـ فتدبره : إذ قد أجمع العلماء على العمل بمقتضى قوله عليه الصلاة والسلام «لا تعقل العواقل عبدا ولا عمدا ولا صلحا ولا اعترافا» حتى لو أقر الحر بالقتل خطأ لم يكن إقراره إقرارا على العاقلة : أى إلا أن يصدقوه وكذا قرره القهستانى فى المعاقل فتنبه :

(رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه إلى آخر فماتا يقتص للأول) لأنه عمد (وللثانى الدية على عاقلته) لأنه خطأ:

(وقعت حية عليه فدفعها عن نفسه فسقطت على آخر فدفعها عن نفسه فوقعت على ثالث فلسعته) أى الثالث (فهلك) فعلى من الدية ؟ هكذا سئل أبو حنيفة بحضرة جماعة ، فقال : لايضمن الأول لأن الحية لم تضر الثانى ، وكذلك لايضمن الثانى والثالث لو كثروا وأما الأخير (فإن لسعته مع سقوطها) فورا (من غير مهلة فعلى الدافع الدية) لورثة الهالك (وإلا) تلسعه فورا (لا) يضمن دافعها عليه أيضا فاستصوبوه جميعا ، وهذه من مناقبه رضى الله عنه صيرفية ومجمع الفتاوى : قال المصنف : "وبهذا التفصيل أجبت فى حادثة الفتوى ، وهى أن كلبا عقورا وقع على آخر فألقاه على الثانى والثانى على الثالث" ، والله أعلم :

[فروع] ألقى حية أو عقربا فى الطريق فلدغت رجلا ضمن إلا إذا تحولت ثم لدغته :

وضع سيفا فى الطريق فعثر به إنسان ومات وكسر السيف فديته على رب السيف وقيمته على العاثر :

لا بإقراره أصلا ، وقدمنا فى كتاب الحجر عن الجوهرة قولين فى المسألة ويأتى تمام بيانه إن شاء الله تعالى فتنبه (قوله لكن علله القهستانى الخ) أى علل عدم جواز إقراره العبد بالخطأ والمراد بالعاقلة المولى لأنهم يطلقون عليه أنه عاقلة عبده ، وحيث أطلق عليه عاقلة فلا يصح إقرار العبد عليه : ثم إن كلام القهستانى لا يفيد أن العبد لا يؤخذ بذلك بعد عتقه خلافا لما أفاده كلام الزيلعى بناء على ما فهمه المصنف من أن إقراره باطل أصلا ، وبه ظهر وجه الاستدراك فافهم (قوله فتدبره) أى فإنه تعليل صحيح موافق للحديث المجمع على العمل بمقتضاه ، فإن العواقل إذا كانت لا تعقل عبدا ولا اعترافا لم يجز إقرار العبد هنا ما لم يصدقه المولى ، إذ لو جاز إقراره لزم عقل العبد والاعتراف ، هذا ما ظهر لى فى تقرير هذا المحل فتأمل ، وسيأتى إن شاء الله تعالى فى كتاب المعاقل بيان معنى الحديث (قوله لأنه خطأ) لأنه لم يقصده بالرمى حيث قصد غيره ولكنه أصابه بالنفاذ من الأول : وهو أحد نوعى الخطأ وهو الخطأ فى القصد ، فصار كمن قصد صيدا فأصاب آدميا فوجبت الدية على عاقلته إتقانى : ومفاده أنه لو قصدهما معا كان الثانى عمدا أيضا ، وهو ظاهر (قوله بحضرة جماعة) منهم الثورى وابن أبى ليلى وشريك بن عبد الله منح (قوله لو كثروا) أى الدافعون (قوله فعلى الدافع الدية) أى على الدافع الأخير الدية : قال الرملى : وتتحملها العاقلة كما هـو ظاهر تأمل اهـ (قوله وهـذه من مناقبه) فإن فقهاء زمانه أخطؤا فيها منح (قوله فلدغت رجلا) بالمهملة فالمعجمة : يقال لدغته العقرب والحية كمنع لدغا وتلداغا ، ويقال لذعته النار بالذال المعجمة والعين المهملة كما فى القاموس ، وأما بالمعجمتين كما فى بعض النسخ فلم أره (قوله ضمن) مقتضى جواب أبى حنيفة فى المسألة السابقة أن تقيد هذه باللدغ فوراً ، أما إذا مكثت ساعة بعد الإلقاء ثم لسعت لا يضمن فتدبره ط :

قلت : وهو المستفاد من قولهم فلدغت حيث عبروا بالفاء ، ولكن هذا ظاهر فيما لو ألقاها على رجل ، فلو فى الطريق فقد قال فى الخانية : أى ألقى حية فى الطريق فهو ضامن لما أصابت حتى تزول عن ذلك المكان اهـ (قوله فديته على رب السيف) أى على عاقلته كحافر البئر تأمل (قوله وقيمته على العاثر) زاد فى التاترخانية بعده فقال : وإن عثر بالسيف ثم وقع عليه فانكسر ومات الرجل ضمن صاحب السيف دية العاثر ولا يضمن

ثور نطوح سيره للمرعى فنطح ثور غيره فمات ، إن أشهد عليه ضمن وإلا لا . وقال فى البدائع : لا ضمان لأن الإشهاد إنما يكون فى الحائط لا فى الحيوان ناجية .

واعلم أنه إذا (اشترك قاتل العمد مع من لا يجب عليه القود كأجنبى شارك الأب فى قتل ابنه) وكأجنبى شارك الزوج فى قتل زوجته وله منها ولد ، وكعامد مع مخطئ وعاقل مع مجنون وبالغ مع صغير وشريك حية وسبع كما فى الخانية (فلا قود على أحدهما) أى لا قصاص على واحد منهما فيما ذكر .

(دخل رجل بيته فرأى رجلا مع امرأته أو جاريته فقتله حل) له ذلك (ولاقصاص) عليه هذا ساقط من نسخ المتن ثابت فى نسخ الشرح معزيا لشرح الوهبانية ، وقد حققناه فى باب التعزير .

[فروع] صبى محجور قال له رجل شد فرسى فأراد شدها فرفسته فمات فديته على عاقلة الآمر . وكذا لو أعطى صبيا عصا أو سلاحا وأمره بحمل شىء أوكسر حطب ونحو ذلك بلا إذن وليه فمات . ولو أعطاه السلاح ولم يقل امسكه فقولان .

صبى على حائط صاح به رجل فوقع فمات ، إن صاح به فقال لاتقع فوقع لايضمن ، ولو قال قع فوقع

العاثر شيئاً اه . وفيها : عثر ماش بنائم فى الطريق فانكسر أصابعهما فماتا فعلى عاقلة كل ما أصاب الآخر (قوله إن أشهد عليه ضمن) والواجب فى الدماء على العاقلة ، وفى الأموال على المالك خاصة كما سيأتى فى الحائط المائل رملى (قوله وقال فى البدائع الخ) قال فى المنح بعده قلت : وبه جزم فى البزازية ، ولم يحك خلافاولاأشعر به اه

أقول : الذى فى البزازية له كلب عقور كلما مر عليه مارعضه لأهل القرية أن يقتلوه . وإن عض إنسانا فقتله فان قبل التقدم إليه فلا ضمان ، وإن بعده عليه الضمان كالحائط قبل الإشهاد وبعده . وفى المنية فى مسألة نطح الثور يضمن بعد الإشهاد النفس والمال اه فأين الجزم به . وقال فى البزازية قبل هذا أدخل بقرا نطوحا فى سرح إنسان فنطح جحشا لا يضمن اه فإن كان توهم من هذا الجزم فهو توهم ساقط لأن وضعه فيما لم يشهد عليه كما هو ظاهر رملى ، وسيأتى تمام ذلك فى آخر جناية البهيمة إن شاء الله تعالى ، ومحل ذكر هذه المسألة هناك (قوله وله منها ولد) أى فإن القصاص يسقط عن الوالد كما قدمه المصنف فى قوله ويسقط قود ورثه على أبيه فلذا سقط عن الشريك (قوله وكعامد مع مخطئ) أو مع من كان فعله شبه عمد كضرب بعصا كما سبق (قوله فرأى رجلا مع امرأته) أو امرأة رجل آخر يزنى بها خانية (قوله حل له) قيده فى الخانية بما إذا كان محصنا وبما إذا صاح فلم يمتنع عن الزنا ، وفى القيد الأول كلام ، فقد رده ابن وهبان بأن ذلك ليس من الحد بل من الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر . قال فى النهر ، وهو حسن ، فإن هذا المنكر حيث تعين القتل طريقا فى إزالته فلا معنى لاشتراط الإحصان فيه ولذا أطلقه البزازى اه (قوله وقد حققناه فى باب التعزير) أى فى أوله . وذكر فيه أيضا أن المرأة لو كانت مطاوعة قتلهما وأنه لو أكرهها فلها قتله ودمه هدر وكذا الغلام اه أى إن لم يمكن التخلص منه بدون قتله (قوله وكذا لو أعطى صبيا عصا أو سلاحا) أى ليمسكه له ولم يأمره بشىء فعطب الصبى بذلك منح : قال فى التاترخانية لم يرد بقوله عطب أنه قتل نفسه فإنه لا ضمان على المعطى ، إنما أراد أنه سقط من يده على بعض بدنه فعطب به اه . وفى الخلاصة : دفع السلاح إلى الصبى فقتل نفسه أو غيره لايضمن الدافع بالإجماع (قوله فمات) أى فى هذا العمل . وفى الخلاصة : ولو أمر عبد الغير بكسر الحطب أو بعمل آخر ضمن ما تولد منه ط (قوله فقولان) والمختار الضمان أيضا تاترخانية (قوله صبى على حائط الخ) قيد بالصبى لأن الكبير إذا صاح به شخص لايضمن كما يفيده كلامهم هنا وفى مواضع أخر ، لكن فى التاترخانية : صاح على آخر فجأة فمات من صيحته تجب فيه

ضمن به يفتى : وقيل لايضمن مطلقا تاجية ، والله أعلم :

فصل فى الفعلين

(قطع يد رجل ثم قتله أخذ بالأمرين) أى بالقطع والقتل :

(واو كانا عمدين أو) كانا (خطأين أو) كانا (مختلفين) أى أحدهما عمد والآخر خطأ تخلل بينهما برء أولا فيؤخذ بالأمرين فى الكل بلا تداخل (إلا فى الخطأين لم يتخلل بينهما برء) فإنهما يتداخلان (فيجب فيهما دية واحدة) وإن تخلل برء لم يتداخلا كما علمت :

فالحاصل أن القطع إما عمد أو خطأ والقتل كذلك صار أربعة ، ثم إما أن يكون بينهما برء أولا صار ثمانية وقد علم حكم كل منها (كمن ضربه مائة سوط فبرأ من تسعين ولم يبق أثرها) أى أثر الجراحة (ومات من عشرة) ففيه دية واحدة ، لأنه لما برأ من تسعين لم تبق معتبرة إلا فى حق التعزير ، وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها أثر عند أبى حنيفة : وعن أبى يوسف فى مثله حكومة عدل : وعن محمد تجب أجرة الطبيب وثمن الأدوية درر وصدر شريعة وهداية وغيرها :

(وتجب حكومة) عدل

الدية اه فيحمل الأول على ما إذا لم يكن فجأة أو اختلاف الرواية : وفى مجمع الفتاوى ، لو غير صورته وخوف صبيا فجن يضمن اه رملى ملخصا (قوله ضمن) كما لو قال الق نفسك فى الماء أو فى النار وفعل فهناك يضمن كذا هنا تاترخانية ، والله تعالى أعلم :

فصل فى الفعلين

أخره لأنه بمنزلة المركب من المفرد (قوله ولو كانا عمدين) الصواب إسقاط الواو لتكون لو شرطية لأنها مع الواو تكون وصلية فتفيد أنه يؤخذ بالأمرين فى جميع الصور فيناقض قوله إلا فى الخطأين الخ تأمل (قوله فيؤخذ بالأمرين فى الكل) قال فى الكفاية ، اعلم أنه لا يخلو القطع والقتل من أن يتخلل بينهما برء أولا ، فإن تخلل يعتبر كل فعلا . ويؤخذ بموجبهما ، لأن الموجب الأول تقرر بالبرء فلا يدخل أحدهما فى الآخر حتى لو كانا عمدين فللولى القطع والقتل ، ولو خطأين يجب دية ونصف دية ، ولو القطع عمدا والقتل خطأ فى اليد القود وفى النفس الدية ، ولو بالعكس فى اليد نصف الدية وفى النفس القود ، وإن لم يتخلل برء فلو أحدهما عمدا والآخر خطأ اعتبر كل على حدة ، فى الخطإ الدية ، وفى العمد القود ، ولو خطأين فالكل جناية واحدة اتفاقا فتجب دية واحدة ، ولو عمدين ، فعندهما يقتل ولا يقطع : وعنده إن شاء الولى قطع وقتل ، وإن شاء قتل ، ولا يعتبر اتحاد المجلس وهو الظاهر : وروى عن نصر بن سلام أنه كان يقول الخلاف فيما إذا قطع يده فى مجلس وقتله فى آخر ، فلو فى مجلس واحد يقتل ولا يقطع عندهم اه ملخصا (قوله إلا فى الخطأين) استثناء من قوله أخذ بالأمرين طورى (قوله فتجب فيهما دية واحدة) أى دية القتل ، لأن دية القطع إنما تجب عند استحكام أثر الفعل وهو أن يعلم عدم السراية ، وتمامه فى ابن كمال (قوله صار ثمانية) وكل منها إما من شخص واحد أو من شخصين صار ستة عشر ، فإن كانا من شخصين يفعل بكل واحد منهما موجب فعله من القصاص وأخذ الأرش مطلقا ، لأن التداخل إنما يكون عند اتحاد المحل لا غير عناية (قوله فبرئ من تسعين الخ) هذا إذا ضرب عشرة فى موضع وتسعين فى موضع آخر فبرئ موضع التسعين وسرى موضع العشرة ، وإلا لا يمكن الفرق بين سراية العشرة وبرء التسعين معراج (قوله وعن أبى يوسف فى مثله حكومة عدل) أى مع الدية رملى (قوله وتجب حكومة عدل) تفسيرها أنه لو كان عبدا مجروحا بهذا كم قيمته وبدون الجراحة كم قيمته ، فيضمن التفاوت الذى

مع دية النفس (فى مائة سوط جرحته وبقى أثرها) بالإجماع لبقاء الأثر ووجوب الأرش باعتبار الأثر هداية وغيرها وفى جواهر الفتاوى : رجل جرح رجلا فعجز المجروح عن الكسب يجب على الجارح النفقة والمداواة ؛

وفيها : رجل جاء بعوان إلى رجل فضربه العوان فعجز عن الكسب فمداواة المضروب ونفقته على الذى جاء بالعوان اهـ . قال المصنف : والظاهر أنه مفرع على قول محمد ؛

قلت : وقدمناه معزيا للمجتبى عن أبى يوسف نحوه ، وسنحققه فى الشجاج ؛

(ومن قطع) أى عمدا أو خطأ بدليل ما يأتى ، وبه صرح فى البرهان كما فى الشرنبلالية ، لكن فى القهستانى عن شرح الطحاوى أن الدية على العاقلة فى الخطإ ، ومن ظن أنها على القاطع فى الخطأ فقد أخطأ وكذا لو شج أو جرح (فعفا عن قطعه) أو شجته أو جراحته (فمات منه

بينهما فى الحر من الدية وفى العبد من القيمة كفاية (قوله مع دية النفس) فيه أن المسألة مفروضة فيما إذا بقى أثر الجراحة ولا يكون ذلك إلا بعد البرء ولذا قيد المسألة فى الملتقى بقوله ولم يمت (قوله فعجز المجروح عن الكسب) أى مدة الجرح . وانظر ما لو عجز عن الكسب أصلا ؛ والظاهر أنه بعد الحكم بموجبه من الأرش أو حكومة العدل لايجب شىء ط (قول جاء بعوان) المراد به الواحد من أتباع الظلمة ، والأولى التعبير بالعون فإنه كما فى القاموس الظهير للواحد والجمع والمؤنث ويكسر أعوانا اهـ لأنه يظاهر الظالم ويعينه . وفى البزازية : أفتوا بأن قتل الأعونة والسعاة جائز فى أيام الفتنة ط ملخصا (قوله والظاهر أنه) أى أن ما فى جواهر الفتاوى مفرع على قول محمد أى على ما روى عن محمد كما تقدم من أن الجراحة التى لم يبق لها أثر تجب فيها أجرة الطبيب وثمن الأدوية أفاده الرملى ، فافهم ، هذا ؛

وفى الفتاوى النعمية لشيخ مشايخنا السائحانى : إذا ضرب يد غيره فكسرها وعجز عن الكسب فعلى الضارب المداواة والنفقة إلى أن يبرأ ، وإذا برىء وتعطلت يده وشلت وجبت ديتها ، والظاهر أنه يحسب المصروف من الدية اهـ .

وفيها : المجروح إذا صح وزال الأثر فعلى الجارح مالحقه من أجرة الطبيب وثمن الأدوية ، وهو قولهما والاستحسان ذكره الصدر اهـ ملخصا تأمل ، ويأتى تمامه فى الشجاج إن شاء الله تعالى (قوله وقدمنا) أى فى الباب السابق (قوله نحوه) أى نحو ماعن محمد (قوله وسنحققه فى الشجاج) أى فى آخر بابها وحاصله أن قول أبى يوسف عليه أرش الألم هو المراد من قول محمد المتقدم (قوله ومن قطع الخ) بالبناء للمجهول ؛

وحاصله أن العفو إما عن عمد أو خطإ ، وعلى كل فإما عن القطع وحده أو عن الجناية أو عن القطع ومايحدث منه فإن كانت الجناية عمدا وعفا عن القطع لايكون عفوا عن السراية خلافا لهما ، وإن عفا عن الجناية أو عن القطع وما يحدث منه يبرأ عن القطع والسراية ، وإذا كانت خطأ فعفا عن القطع ثم سرى فعلى الخلاف ، ولو عفا عن القطع وما يحدث منه أو عن الجناية صح عن الكل ، والعمد من جميع المال ، والخطأ من الثلث (قوله بدليل مايأتى) حيث فصل فى المسألة الآتية بين العمد والخطإ وأطلق هنا (قوله لكن فى القهستانى الخ) استدراك على الإطلاق فإنه يفيد اشتراك العمد والخطأ فى جميع أحكام القطع مع أنه سيأتى أن الدية تجب فى مال القاطع فيتعين كون المراد العمد فقط ، لأن الصواب أن الدية فى الخطإ على العاقلة . وأجاب فى الكفاية بأن قوله فى ماله بيان لأحد النوعين أى عليه الدية فى ماله إن كان عمدا اهـ لكن المصنف لم يقيد بقوله فى ماله فلا يرد عليه ذلك (قوله وكذا لو شج) مستغنى عنه بقول المصنف الآتى والشجة مثله ط (قوله فعفا عن قطعه الخ) أى ولم يقل وما يحدث منه

ضمن قاطعه الدية) فى ماله خلافا لهما . قلنا إنه عفا عن القطع وهو غير القتل :

(ولو عفا عن الجناية أو عن القطع وما يحدث منه فهو عفو عن النفس) فلا يضمن شيئا ، وحينئذ (فالخطأ يعتبر من ثلث ماله) فإن خرج من الثلث فيها وإلا فعلى العاقلة ثلثا الدية كما فى شرح الطحاوى ، فمن ظن أنها على القاطع فقد أخطأ قطعا ، ومفاده أن عفو الصحيح لا يعتبر من الثلث ذكره القهستانى (والعمد من كله) لتعلق حق الورثة بالدية لا بالقود لأنه ليس بمال (والشجة مثله) أى مثل القطع حكما وخلافا .

(قطعت امرأة يد رجل عمدا) أى أو خطأ لما يأتى ؛ فلو أطلق كما سبق وكالملتقى وغيره كان أولى فتأمل (فنكحها) المقطوع يده (على يده ثم مات) فلو لم يمت من السراية فمهرها الأرش ، ولو عمدا إجماعا (يجب)

ولم يقل عن الجناية (قوله ضمن قاطعه) وكذا شاجه أو جارحه (قوله فى ماله) لأن العاقلة لاتتحمل العمد (قوله خلافا لهما) حيث قالا هو عفو عن النفس أيضا لأنه يراد به العفو عن موجبه (قوله وهو غير القتل) وكان ينبغى أن يجب القصاص وهو القياس لأنه هو الموجب للعمد إلا أن فى الاستحسان تجب الدية لأن صورة العفو أورثت شبهة ، وهى دارئة للقود هداية (قوله ولو عفا عن الجناية) أى الواقعة عمدا أو خطأ سواء ذكر معها مايحدث منها أو لم يذكر قهستانى (قوله فهو عفو عن النفس) لأن الجناية تشمل السارى منها وغيره ، وعفوه عن القطع وما يحدث منه صريح فى ذلك بخلاف القطع وحده فإنه غير القتل كما قدمه فلا يشمل السارى (قوله فلا يضمن شيئا) أى من الدية ، وهذا ظاهر فى العمد ، وكذا فى الخطأ لو خرج من الثلث ، وإلا فعلى عاقلته بقدره كما أفاده فى الشرنبلالية (قوله فالخطأ الخ) أى العفو فى الخطأ يعتبر من الثلث . قال فى المحيط : ويكون هذا وصية للعاقلة سواء كان القاتل واحدا منهم أولا لأن الوصية للقاتل إذا لم تصح للقاتل تصح للعاقلة كمن أوصى لحى وميت فالوصية كلها للحى اهـ ، وبه ظهر فساد ما اعترض من أن الوصية للقاتل لاتصح وبأنه كواحد من العاقلة فكيف جازت بجميع الثلث فتأمل طورى (قوله من ثلث ماله) لأن الخطأ موجبه المال ويتعلق به حق الورثة فيعتبر من الثلث هداية (قوله وإلا فعلى العاقلة ثلثا الدية) أى إن لم يكن للعافى مال غيرها ، فإن كان فبحسابه ، فلو قال وإلا فعلى العاقلة بقدره لكان أخصر وأظهر (قوله ومفاده) أى مفاد اعتبار العفو من الثلث أن العافى لو كان صحيحا أى فى حكم الصحيح ، بأن لم يصر صاحب فراش ، وفسره فى التاترخانية بأن كان يخرج ويجىء ويذهب بعد الجناية لايعتبر من الثلث بل يعتبر من جميع المال ، وهذا قول بعض المشايخ . قال فى التاترخانية : وذكر فى المنتقى أنه من الثلث (قوله والعمد من كله) اعترض بأن الموجب هنا هو القود وهو ليس بمال فلا وجه للقول بأنه من كل المال اهـ :

وقد يجاب بأن القود هنا سقط بالعفو ، لكن لما كان للعافى أن يصالح على الدية كان مظنة أن يتوهم أن فى عفوه إبطالا لحق الورثة فيها فقال : إنه من جميع المال لأن الموجب الأصلى هو القود ، وحقهم إنما يتعلق بالمال تأمل (قوله والشجة مثله) وكذا الجراحة كما قدمه فالعفو عن الشجة أو الجراحة كالعفو عن القطع فى ضمان الدية بالسراية خلافا لهما ، والعفو عنهما مع مايحدث منهما كالعفو عن القطع وما يحدث منه (قوله قطعت امرأة الخ) هذه المسألة مفرعة على المسألة السابقة كما فى التاترخانية (قوله لما يأتى) أى من بيان حكم العمد والخطإ (قوله فلو أطلق) أى لم يقيد بالعمد كما فعل فى المسألة السابقة (قوله على يده) أى موجب يده معراج (قوله من السراية) أى سراية القطع إلى الهلاك ، وقيد به ليشمل ما إذا لم يمت أصلا أو مات من غيره (قوله فمهرها الأرش) وهو خمسة آلاف درهم كفاية (قوله ولو عمدا) وسواء تزوجها على القطع أو على القطع وما يحدث منه أو على الجناية

عند أبي حنيفة (مهر مثلها والدية في مالها إن تعمدت) وتقع المقاصة بين المهر والدية إن تساويا وإلا ترادا الفضل (وعلى عاقلتها إن أخطأت) في قطع يده ولا يتقاصان لأن الدية على العاقلة في الخطإ ، بخلاف العمد فإن الدية عليها ، والمهر على الزوج فيتقاصان .

قلت : وقال صاحب الدرر : ينبغي أن تقع المقاصة في الخطإ أيضا لأنها عليها دون العاقلة على القول المختار في الدية ، لكنه ليس على إطلاقه بل في العجم ولعله أطلقه لإحالته لمحله فليحفظ .

(وإن نكحها على اليد وما يحدث منها أو على الجناية ثم مات منه وجب لها في العمد مهر المثل ولا شيء عليها) لرضاه بالسقوط

لأنه لما برئ تبين أن موجبها الأرش دون القصاص لأن القصاص لا يجرى في الأطراف بين الرجل والمرأة والأرش يصلح صداقا كفاية (قوله عند أبي حنيفة) أصله مامر في المسألة المتقدمة أن العفو عن القتل أو الشجة أو اليد إذا سرى إلى النفس ليس بعفو عن النفس عنده ؛ وعندهما عفو عنها إتقاني . فعندهما الحكم هنا كالحكم الآتي فيما إذا نكحها على اليد وما يحدث منها (قوله إن تعمدت) قيد لقوله والدية في مالها : أما وجوب مهر المثل فهو مطلق ؛ لأن القطع إن كان عمدا يكون تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا فيجب لها مهر المثل .

لا يقال : القصاص لا يجرى بين الرجل والمرأة في الطرف فكيف يكون تزوجا عليه لأنا نقول (١) الموجب الأصلي للعمد القصاص ، وإنما سقط للتعذر ، ثم عليها الدية في مالها لأن التزوج وإن كان يتضمن العفو لكن عن القصاص في الطرف ، وإذا سرى يتبين أنه قتل النفس ولم يتناوله العفو فتجب الدية في مالها لأنه عمد ، وإن كان القطع خطأ يكون هذا تزوجا على أرش اليد ، وإذا سرى إلى النفس تبين أن لا أرش لليد وأن المسمى معدوم فيجب مهر المثل ابن كمال (قوله وإلا ترادا الفضل) أي إن كان في الدية فضل ترده على الورثة ، وإن كان في المهر فضل يرده الورثة عليها ابن كمال (قوله والدية على العاقلة في الخطأ) أي والمهر للمرأة ، وإنما تكون المقاصة إذا اتحدت الذمة في الوجوب لها وعليها كما في العمد إتقاني (قوله لكنه الخ) هو للشرنبلالي في حاشية الدرر .

وحاصله أن وجوب الدية على القاتل في الخطأ إنما هو في العجم : أي من لا عاقلة له ، فلا تجب على القاتل مطلقا ، وهذا مراد صاحب الدرر ، وإنما لم يقيد بالعجم إحالة إلى محله : أي اعتمادا على ذكره في محله .

وأقول : فيه نظر ، بل مراد صاحب الدرر أنها على القاتل مطلقا ، يوضحه ما في الكفاية حيث قال :

مطلب الصحيح أن الوجوب على القاتل ثم تتحمله العاقلة

لا يقال : إن الصحيح أنه يجب على القاتل ثم تتحمله العاقلة فيكون أصل الوجوب على القاتل ، واعتبار هذا يوجب جواز المقاصة ؛ لأنا نقول : عند البعض يجب على العاقلة ابتداء . وعند بعضهم تتحمله العاقلة عن القاتل بطريق الحوالة والحوالة توجب البراءة فلا تقع المقاصة اهـ تأمل (قوله ثم مات منه) أي من القطع (قوله مهر المثل) لأنه نكاح على القصاص لما قدمناه أنه الموجب الأصلي في العمد والقصاص ليس بمال فيجب مهر المثل كما إذا نكحها على خمر أو خنزير (قوله لرضاه بالسقوط) لأنه لما جعل القصاص مهرا فقد رضي بسقوطه لجهة المهر فيسقط

---

(١) (قوله لأنا نقول الخ) مقتضى هذا التعليل وجوب مهر المثل إذا لم يمت ، وقد ذكر الشارح أن مهرها الأرش . فالصواب أن يقال ، لأنه بالسراية تبين أن موجب هذا القطع القصاص في النفس وهو يجرى بينهما فقد سمي ما ليس بمال فيصار إلى مهر المثل اهـ .

(ولو خطأ رفع عن العاقلة مهر مثلها والباقى وصية لهم) أى للعاقلة (فإن خرج من الثلث سقط وإلا سقط ثلث المال) فقط :

(ولو قطعت يده فاقتص له فمات) المقطوع (الأول قبل الثانى قتل) الثانى (به) لسرايته : وعن أبى يوسف لا قود لأنه لما أقدم على القطع فقد أبرأه عما وراءه . وظاهر إشكال ابن الكمال يفيد تقوية قول أبى يوسف :

قال المصنف (ولو مات المقتص منه فديته على عاقلة المقتص له) خلافا لهما :

قلت : هذا إذا استوفاه بنفسه بلا حكم الحاكم ، وأما الحاكم والحجام والختان والفصاد والبزاغ فلا يتقيد فعلهم بشرط السلامة كالأجير وتمامه فى الدرر :

والأصل أن الواجب لا يتقيد بوصف السلامة والمباح يتقيد به ومنه ضرب الأب ابنه تأديبا أو الأم أو الوصى

أصلا ابن كمال (قوله ولو خطأ رفع عن العاقلة مهر مثلها الخ) لأن التزوج على اليد وما يحدث منها أو على الجناية تزوج على موجبها وموجبها الدية هنا وهى تصلح مهرا فصحت التسمية إلا أن قدر مهر مثلها يعتبر من جميع المال لأنه ليس فيه محاباة . والمريض لا يحجر عليه فى التزوج لأنه من الحوائج الأصلية فيسقط قدر مهر المثل من جميع المال ، ومازاد على ذلك من الثلث لأنه تبرع والدية تجب على عاقلتها وقد صارت مهرا فسقط كلها عنهم إن كان مهر مثلها مثل الدية أو أكثر ، ولا ترجع عليهم بشىء لأنهم كانوا يتحملون عنها بسبب جنايتها ، فإذا صار ذلك ملكا لها سقط عنهم قدر مهر مثلها لما ذكرناه : ومازاد على ذلك ينظر ، فإن خرج من الثلث سقط عنهم قدر الثلث وأدوا الزيادة إلى الولى لأن الوصية لا نفاذ لها إلا من الثلث اهـ زيلعى :

قلت : ووجه كوله وصية للعاقلة أنه قد أسقط الدية بمقابلة المهر والدية فى الخطأ على العاقلة فيكون قد أسقط لهم مازاد على المهر تبرعا ، فافهم (قوله لسرايته) أى لسراية القطع الأول إلى القتل ، واستيفاء القطع لا يسقط القود كمن له القود فى النفس إذا قطع يد القاتل (قوله لأنه لما أقدم الخ) جوابه أنه إنما أقدم على القطع ظنا منه أن حقه فيه وبعد السراية تبين أن حقه فى القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به كما فى الهداية .

واستشكله ابن الكمال بما حاصله أنهم فى المسألة المارة وهى ما إذا قطع فعفا عن القطع فمات عللوا سقوط القصاص بأن صورة العفو تكفى فى سقوطه لأنها تورث شبهة ولم يلتفتوا إلى أنه لا يكون مبرئا عنه بدون العلم به فأوجبوا الدية . قال الرحمتى : ويجاب بالفرق بأن العافى عن القطع ظهر منه الميل إلى العفو ، بخلاف هذا فإنه استوفى ما ظهر له أنه واجب له فلم توجد منه صورة العفو (قوله يفيد تقوية قول أبى يوسف) فيه أنه لا يعارض ما عليه المتون والشروح ط . على أنك سمعت الجواب عنه (قوله ولو مات المقتص منه) مقابل قوله فمات المقطوع الأول (قوله فديته على عاقلة المقتص له) لأن حقه فى القطع وقد قتل. قال الإتقانى : ولكن الدية على العاقلة لأنه فى معنى الخطإ لأنه أراد استيفاء حقه من القطع ولم يرد القتل (قوله خلافا لهما) فعندهما لا يضمن شيئا لأنه استوفى حقه وهو القطع ، ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص ، إذ الاحتراز عن السراية ليس فى وسعه ابن كمال (قوله بلا حكم الحاكم) ظاهره أنه لو استوفاه بنفسه بعد حكم الحاكم لا يضمن فتأمل (قوله وأما الحاكم الخ) أى إذا قطع يد السارق فمات :وهذه المسائل استشهد بها الإمامان لقولهما ، فإنه لا ضمان فيها فنبه الشارح على الفرق بأن إقامة الحدود واجبة على الإمام ، وكذا فعل الحجام ونحوه واجب بالعقد ، فلا يتقيد بالسلامة وفى مسئلتنا الولى مخير بل العفو مندوب إليه فيتقيد بها للأصل المذكور (قوله والبزاغ) أى البيطار (قوله والمباح يتقيد به) استثنى منه ما إذا وطئ زوجته فأفضاها أو ماتت ، فلا ضمان عليه مع كونه مباحا لكون الوطء أخذ موجبه وهو المهر ، فلا يجب به آخر أى ضمان آخر أشباه ط ويأتى تمامه (قوله ومنه) أى من المباح وهذا على قول

ومن الأول ضرب الأب أو الوصى أو المعلم بإذن الأب تعليما فمات لا ضمان فضرب التأديب مقيد لأنه مباح وضرب التعليم لا لأنه واجب ومحله فى الضرب المعتاد وأما غيره فوجب للضمان فى الكل وتمامه فى الأشباه (وإن قطع) ولى القتيل (يد القاتل و) بعد ذلك (عفا) عن القتل (ضمن القاطع دية اليد) لأنه استوفى غير حقه لكن لايقتص للشبهة وقالا لاشىء عليه (وضمان الصبى إذا مات من ضرب أبيه أو وصيه تأديبا) أى للتأديب (عليهما) أى على الأب والوصى لأن التأديب يحصل بالزجر والتعريك وقالا لايضمن لو معتادا وأما غير المعتاد ففيه الضمان اتفاقا (كضرب معلم صبيا أو عبدا بغير إذن أبيه ومولاه) لف ونشر فالضمان على المعلم إجماعا (وإن) الضرب (بإذنهما لا) ضمان على المعلم إجماعا قيل هذا رجوع من أبى حنيفة إلى قولهما (وكذا يضمن زوج امرأة ضربها تأديبا) لأن تأديبها للولى كذا عزاه المصنف لشرح المجمع للعينى .

قلت : وهو فى الأشباه وغيرها كما قدمناه. وفى ديات المجتبى : للزوج والوصى كالأب تفصيلا وخلافا فعليهم

الإمام ويأتى تمامه قريبا (قوله ومن الأول) أى الواجب قال الشارح فى باب التعزير : وفى القنية له إكراه طفله على تعلم قرآن وأدب وعلم لفرضيته على الوالدين ، وله ضرب اليتيم فيما يضرب ولده اه وأفاد أن الأم كالأب فى التعليم بخلاف التأديب كما يأتى (قوله بإذن الأب) أى أو بإذن الوصى ولو ضرب بغير إذنهما يضمن كما يأتى ط (قوله تعليما) علة لقوله ضرب (قوله مقيد) أى بوصف السلامة (قوله ومحله فى الضرب المعتاد) أى كما وكيفا ومحلا فلو ضربه على الوجه أو على المذاكير ، يجب الضمان بلا خوف ولو سوطا واحدا لأنه إتلاف أبو السعود عن تلخيص الكبرى ط (قوله من ضرب أبيه أو وصيه) قيد بهما ، لأن الأم إذا ضربت للتأديب تضمن اتفاقا ، وبقوله تأديبا إذ لو ضربه كل منهما للتعليم لايضمن اتفاقا اه غرر الأفكار (قوله وإن الضرب بإذنهما) أى إذن الأب والمولى ، وكذا الوصى ومفاده أنهما لو ضرباه بنفسهما لا ضمان أيضا اتفاقا . وقدمناه آنفا لكن فى الخانية : ضرب ولده الصغير فى تعليم القرآن ومات قال أبو حنيفة : يضمن الدية ولا يرثه وقال أبو يوسف : يرثه ولا يضمن ، وإن ضربه المعلم بإذن الوالد لا يضمن المعلم اه وفى الولوالجية : ضرب ابنه فى أدب أو الوصى ضرب اليتيم فمات يضمن عنده ، وكذا إن ضربه المعلم بلا إذنهم ضمن ، وإن بإذن فلا لأن الأب والوصى مأذونان فى التأديب ، بشرط السلامة لأنهما يملكان التصرف فى نفسه ، وماله لو خيرا له أما المعلم إنما أدبه بإذنهم والإذن منهم وجد مطلقا لا مقيدا اه وظاهره أنه لا فرق عند أبى حنيفة فى ضمان الأب فى التأديب والتعليم والظاهر أنه رواية أخرى تأمل (قوله قيل هذا) أى قول الامام بعدم ضمان المعلم بالاذن من الأب ، وفيه أن الخلاف فى ضرب التأديب ، والكلام هنا فى ضرب التعليم ، وهو واجب لا يتقيد بالسلامة ، ولا خلاف فيه أفاده ط .

أقول : فى حاشية الشرف الغزى عن الصغرى قال أبو سليمان : إذا ضرب ابنه على تعليم القرآن أو الأدب فمات ضمن عنده لا عند أبى يوسف اه وقدمنا آنفا عن الخانية مثله وعليه يظهر الرجوع ولا يحتاج إلى الفرق الذى ذكرناه عن الولوالجية ، وتقدم فى كتاب الاجارات عند قوله : وضمن بضربها وكبحها عن غاية البيان أن الأصح رجوعه إلى قولهما وكذا نقله البيرى عن كفاية المجيب فتدبر (قوله لأن تأديبها للولى) هذا التعليل غير ظاهر ، لأن مفاده أن الولى لا يضمن مع أن الأب يضمن بضرب ابنه تأديبا على ما مر ، والأظهر قول البيرى لأنه لنفع نفسه بخلاف تعزير القاضى ، فانه لنفع المضروب اه وتقدم فى باب التعزير ما للزوج ضربها عليه (قوله وهو) أى ما فى المتن مذكور فى الأشباه وغيرها مطلقا ، وقوله : كما قدمناه أى فى ضمن قوله وتمامه فى الأشباه ، وإلا لم يقدمه صريحا ، والمراد أنه مذكور فى الأشباه وغيرها مطلقا عن ذكر الخلاف كما قدمناه فى المتن ، فإن

الدية والكفارة وقيل : رجع الإمام إلى قولها وتمامه ثمة .

[فروع] ضرب امرأة فأفضاها ، فإن كانت تستمسك بولها ففيه ثلث الدية ، وإلا فكل الدية وإن افتض بكرا بالزنا فأفضاها فإن مطاوعة حدا ولاغرم ، وإن مكرهة فعليه الحد وأرش الإفضاء لاالعقر حاوى القدسى .

قطع الحجام لحما من عينه وكان غير حاذق فعميت فعليه نصف الدية أشباه .

وفى القنية : سئل محمد نجم الدين عن صبية سقطت من سطح فانفتح رأسها فقال كثير من الجراحين : إن شققتم رأسها تموت وقال واحد منهم إن لم تشقوه اليوم تموت وأنا أشقه وأبرئها فشقه فماتت بعد يوم أو يومين هل يضمن؟ فتأمل مليا ثم قال : لا

عبارة المتن تفيد أن الزوج يضمن اتفاقا ، وبه صرح ابن ملك وغيره وعليه فقوله : وفى ديات المجتبى الخ كالاستدراك عليه تأمل (قوله وتمامه ثمة) قال فيه : ولو ضرب ابنه الصغير تأديبا إن ضربه حيث لا يضرب للتأديب ، أو فوق ما يضرب للتأديب فعطب فعليه الدية والكفارة ، وإذا ضربه حيث يضرب للتأديب ، ومثل ما يضرب فكذلك عند أبى حنيفة وقالا : لا شىء عليه ، وقيل : رجع إلى قولهما ، وعلى هذا التفصيل ، والخلاف الوصى والزوج إذا ضرب اليتيم أو زوجته تأديبا ، وكذا المعلم إذا ضرب الصبى بإذن الأب أو الوصى لتعليم القرآن أو عمل آخر مثل ما يضرب فيه لا يضمن هو ولا الأب ولا الوصى بالإجماع ، فأبو حنيفة أوجب الدية والكفارة على الأب ، ولم يوجبها على المعلم إذا كان باذنه وقيل هذا رجوع من أبى حنيفة إلى قولهما فى حق الأب ولو ضرب المعلم بدون إذنه فمات يضمن والوالدة إذا ضربت ولدها تأديبا لا شك أنها تضمن على قوله وعلى قولهما اختلاف المشايخ اه منح (قوله ضرب امرأة فأفضاها) أى جعل مسلك بولها وحيضها أو حيضها وغائطها واحدا والوطء كالضرب كما يأتى والمراد بها الأجنبية أما الزوجة إذا وطئها فأفضاها فلا شىء عليه ، وإن لم يستمسك بولها عندهما ، وعند أبى يوسف كالأجنبية واعتمده ابن وهبان بتصريحهم بأن عشرة أشياء تجب بها الدية كاملة منها سلس البول ، ورده الشرنبلالى بأنه فى غير هذه المسألة لنص الإمام ومحمد ، على أن لا شىء هنا أى لأنه بفعل مأذون فيه وقيد قولهما بما إذا كانت بالغة مختارة مطيقة لوطئه ، ولم تمت منه فلو صغيرة أو مكرهة أو لا تطيق تلزم ديتها اتفاقا بالموت والإفضاء وأطال فى ذلك جدا فراجعه (قوله ففيه ثلث الدية) لأنها جائفة ط (قوله وإلا فكل الدية) أى دية المرأة لأنه فوت جنس المنفعة على الكمال (قوله حدا) أى حد كل منهما ولا غرم أى لا شىء عليه فى الإفضاء لرضاها به ولا مهر لها لوجوب الحد ، ولو ادعى شبهة فلا حد ولا شىء فى الافضاء ويجب العقر (قوله فعليه الحد) أى دونها لإكراهها (قوله وأرش الافضاء) أى ثلث الدية إن استمسكت ، وإلا فكلها وقوله لا العقر لأنه لا يجتمع مع الحد وتمامه فى ط .

[تتمة] لو زنى بأمة فقتلها به عليه الحد بالزنا والقيمة بالقتل ، ولو أذهب عينها لزمه قيمتها وسقط الحد لتملكه الجثة العمياء فأورث شبهة وتفصيل ما لو أفضاها فى الشرح كذا ذكره الشارح فى كتاب الحدود قبيل باب الشهادة على الزنا (قوله فعليه نصف الدية) أى نصف دية العين أبو السعود لأنه وقع بفعل مأذون ط .

أقول : يظهر لى أن المراد نصف دية النفس التى هى دية العين ثم رأيت الرحمتى فسرها كذلك ويدل عليه مسألة الختان الآتية قبيل القسامة ، فإنه إذا أمر ليختن صبيا فقطع الحشفة ، ولم يمت الصبى فعليه دية الحشفة كاملة وهى دية النفس تأمل (قوله سئل محمد) لفظة محمد زائدة على ما فى القنية (قوله فانفتح) الذى فى القنية فانتفخ بالتاء قبل الفاء وبالخاء المعجمة (قوله مليا) أى ساعة طويلة (قوله ثم قال لا الخ) لاينافى مسألة العين المارة آنفا

إذا كان الشق بإذن وكان الشق معتادا ولم يكن فاحشا خارج الرسم، قيل له فلو قال إن ماتت فأنا ضامن هل يضمن ؟ قال لا اهـ .

قلت : إنما لم يعتبر شرط الضمان لما تقرر أن شرطه على الأمين باطل على ما عليه الفتوى اهـ والله أعلم .

باب الشهادة فى القتل واعتبار حالته

أى حالة القتل (القود يثبت للورثة ابتداء بطريق الخلافة) من غير سبق ملك المورث ، لأن شرعية القود لتشفى الصدور ودرك الثأر والميت ليس بأهل له وقوله تعالى — فقد جعلنا لوليه سلطانا — نص فيه (وقالا بطريق الإرث) كما لو انقلب مالا وثمرة الخلاف ما أفاده بقوله (فلا يصير أحدهم) أى أحد الورثة (خصما عن البقية) فى استيفاء القصاص ، خلافا لهما ، والأصل أن كل ما يملكه الورثة بطريق الوراثة فأحدهم خصم عن الباقين وقائم مقام الكل فى الخصومة ، وما يملكه الورثة لابطريق الوراثة لايصير أحدهم خصما عن الباقين .

ثم فرع عليه بقوله (فلو أقام حجة بقتل أبيه عمدا مع غيبة أخيه) يريد القود (لا يقيد) إجماعا حتى يحضر الغائب لكنه يحبس ، لأنه صار متهما (فإن حضر) الغائب (يعيدها) ثانيا (ليقتلا) القاتل وقالا لايعيد

لأنه هنا لم يجاوز ما أمر به (قوله إذا كان الشق بإذن) فلو بدونه فالظاهر القصاص وبحرر ط (قوله ولم يكن فاحشا) تفسير لما قبله ط (قوله خارج الرسم) أى العادة ط (قوله قلت الخ) قائله المصنف فى المنح، واعترضه الرملى بأنه بعيد عن اصطلاح الفقهاء لعدم ما يطلق عليه اسم الأمانة إذ هى المال القابل لإثبات اليد عليه واستظهر أن العلة كونه غير مقدور عليه كما هو شرط المكفول به والله تعالى أعلم .

باب الشهادة فى القتل واعتبار حالته

أى باب الشهادة الواقعة فى شأن القتل وباب اعتبار حالة القتل أى حالة إيقاع سببه ، لأن المعتبر حالة الرمى لا الوصول كما يأتى ، ولما كان القتل بعد تحققه ربما يجحد ، فيحتاج من له القصاص إلى إثباته بالبينة وحالة الشىء صفة له تابعة ذكر ذلك بعد بيان حكمه .

قال ط : واعلم أنه تقبل شهادة النساء مع الرجال فى القتل الخطأ والقتل الذى لا يوجب القود وكذا الشهادة على الشهادة وكتاب القاضى إلى القاضى ، لأن موجبها المال ولو شهد عليه عدل بقتل يحبس فإن جاء بشاهد آخر وإلا خلى سبيله وكذا لو شهد مستوران بقتل عمد يحبس حتى تظهر عدالة الشهود لأنه صار متهما ، وكذا فى الخطأ على الأظهر اهـ (قوله القود يثبت للورثة) قال فى الخانية يستحق القصاص من يستحق ميراثه على فرائض الله تعالى يدخل فيه الزوج والزوجة اهـ (قوله من غير سبق ملك المورث) أشار إلى أن المراد بالخلافة هنا ما قابل الوراثة وإلا فالوراثة خلافة أيضا كما صرحوا به ، لكنها تستدعى سبق ملك المورث ، ولا يرد صحة عفو المورث لأن السبب انعقد له ، ولهذا قال الإتقانى : إنه حق الورثة ابتداء عند الإمام من حيث إنه شرع للتشفى ودرك الثأر، لأن الميت لاينتفع به وحق الميت من حيث إنه بدل النفس، ولذا إذا انقلب مالا تقضى منه ديونه وتنفذ منه وصاياه وتمامه فيه، فعلم أن الفروع الآتية وتفسير الخلافة بما ذكر باعتبار الحيثية الأولى، وصحة عفو المورث باعتبار الثانية فقد راعى الإمام الحيثيتين احتيالا للدرء كما حققه الطورى (قوله نص فيه) فإن اللام للتمليك فقد ملك تعالى التسلط للولى بعد القتل، وفيه أن التسلط قد يكون لثبوت الحق له ابتداء، وقد يكون الحق انتقل له من مورثه فلاتكون الآية نصا اهـ ط (قوله كما لو انقلب مالا) أى بنحو صلح أو عفو بعض الورثة (قوله فأحدهم خصم عن الباقين) لأنه يثبت جميع الحق لغيره، وهو الميت فيثبت للبقية بخلاف ما ذكر بعده ، فإنه إنما يثبت حقا لنفسه لا حق غيره ط (قوله لايقيد)

(وفى) القتل (الخطأ والدين لايحتاج إلى إعادة البينة) بالإجماع لما مر (فلو برهن القاتل على عفو الغائب فالحاضر خصم) لانقلابه مالا وسقط القود (وكذا لو قتل عبدهما عمدا أو خطأ و) الحال أن السيدين (أحدهما غائب) فهو على التفصيل السابق (ولو أخبر وليا قود بعفو أخيهما) الثالث (فهو) أى إخبارهما (عفوللقصاص منهما) عملا بزعمهما وهى رباعية فالأول (إن صدقهما) أى المخبرين (القاتل والأخ) الشريك (فلاشىء له) أىللشريك عملا بتصديقه (ولهما ثلثا الدية و) الثانى (إن كذبهما فلا شىء للمخبرين ولأخيهما ثلث الدية و) الثالث (إن صدقهما القاتل وحده فلكل منهما ثلثها و) الرابع (إن صدقهما الأخ فقط فله ثلثها) لأن إقراره ارتد بتكذيب القاتل إياه فوجب له ثلث الدية (و) لكنه (يصرف ذلك إلى المخبرين) استحسانا

بضم الياء من أقاد الأمير القاتل قتله به قودا وفيه إشارة إلى أن البينة تقبل إلا أنه لا يقضى بالقصاص إجماعا ما لم يحضر الغائب ، لأن المقصود من القضاء الاستيفاء ، والحاضر لا يتمكن منه بالإجماع كما فى الكفاية (قوله وفى الخطأ) أى فى قتل أبيه خطأ وفى الدين لأبيه على آخر ، لو أقام الحاضر حجة على ذلك لا يعيدها الغائب ، إذا حضر لأن المال يثبت للورثة إرثا عند الكل ، وفيه إيماء إلى أنه اتحد القاضى للحاضر والغائب ، فلو أثبت قدر نصيبه منه أوكان القاضى متعددا أعاد الحجة وإنما خص الدين ، لأن فى إعادة الحجة للعقار اختلافا وإن كان الأصح أنه لا يعيدها كما فىالعمادية قهستانى (قوله لما مر) أى من الأصل (قوله فالحاضر خصم) لأنه ادعى حقا على الحاضر ، وهو سقوط حقه فى القصاص وانقلابه مالا ولا يتمكن من إثباته لا بإثبات عفو الغائب فانتصب خصما عنه ، فإذا قضى عليه صار الغائب مقضيا عليه تبعا زيلعى (قوله وسقط القود) أى وإن جاء الغائب وأنكر العفو ويصير حقه نصف الدية (قوله فهو على التفصيل السابق) فلا تقبل بينة أقامها الحاضر من غير إعادة بعد عود الغائب ، ولو أقام القاتل بينة أن الغائب قد عفا فالشاهد خصم ويسقط القصاص .

فحاصله : أن هذه المسألة مثل الأولى فى جميع ما ذكرنا إلا أنه إذا كان القتل عمدا أو خطأ لا يكون الحاضر خصما عن الغائب بالإجماع والفرق لهما فى الكل ، ولأبى حنيفة فى الخطأ أن أحد الورثة خصم عن الباقين ولا كذلك أحد الموليين زيلعى (قوله ولوأخبر الخ) عبر بالإخبار لأنه ينتظم الأوجه الأربعة ، بخلاف الشهادة فإنها لم توجد حقيقة إلا فى الوجه الثالث كما أفاده ابن كمال (قوله عفو للقصاص منهما) قيد بالقصاص لأنه لا يكون عفوا منهما للمال إلا فى بعض الأوجه كما تعرفه (قوله عملا بزعمهما) لأنهما زعما عفو الثالث وبعفو البعض يسقط القصاص (قوله وهى رباعية) أىأوجهها أربعة (قوله ولهما ثلثا الدية) لأن نصيبهما صارمالا درر (قوله والثانى إن كذبهما) قال الرملى كذا بخط المصنف متنا وشرحا والصواب كذباهما (قوله فلا شىء للمخبرين) لأنهما بإخبارهما أسقطا حقهما فى القصاص ، فانقلب مالا ولا مال لهما لتكذيب القاتل والشريك درر (قوله ولأخيهما ثلث الدية) لأن دعواهما العفو وهو ينكر بمنزلة ابتداء العفو منهما فى حقه فينقلب نصيبه مالا ابن كمال (قوله وحده) أى دون الأخ الشريك (قوله فلكل منهم ثلثها) لأن القاتل لما صدقهما أقر لهما بثلثى الدية ، فلزم وادعى بطلان حق الثالث بالعفو ، ولم يصدقه فتحول مالا فيدفعه إليه درر (قوله إن صدقهما الأخ فقط) أى وكذبهما القاتل (قوله لأن إقراره الخ) أى فلا يقال إنه قد أقر أنه لا يستحق على القاتل شيئا إقراره له بالعفو فكيف يجب له الثلث (قوله فوجب له ثلث الدية) وسقط الثلثان لتكذيب القاتل إياهما ولا يتأتى القصاص مع إقرار الثالث بعفوه ط (قوله ولكنه يصرف ذلك إلى المخبرين) لأن الأخ زعم العفو بتصديقه المخبرين ، وأنه لا شىء له على القاتل ، وإنما على القاتل ثلثا الدية لهما ، وما فى يده مال القاتل وهو من جنس حقهما ، فيصرف إليهما ،

وهو الأصح زيلعى لأنه صار مقرا لها بما أقر له به القاتل (وإن شهد أنه ضربه بشىء جارح فلم يزل صاحب فراش حتى مات يقتص) لأن الثابت بالبينة كالثابت معاينة ولا يحتاج الشاهد أن يقول إنه مات من جراحته بزازية (وإن اختلف شاهدا قتل فى الزمان أو فى المكان أو فى آلته أو قال أحدهما قتله بعصا وقال الآخر : لم أدر بماذا قتله أو شهد أحدهما على معاينة القتل والآخر على إقرار القاتل به بطلت) لأن القتل لايتكرر

والقياس أن لا يلزمه شىء ، لأنهما ادعيا المال على القاتل ، والقاتل منكر فلم يثبت وما أقر به القاتل الأخ قد بطل بإقرار الأخ بالعفو لكونه تكذيبا للقاتل . وجه الاستحسان أن القاتل بتكذيبه المخبرين أقر للأخ بثلث الدية لزعمه أن القصاص سقط بإخبارهما بالعفو كابتداء العفو منهما والمقر له ما كذب القاتل حقيقة ، بل أضاف الوجوب إلى غيره ، وفى مثله لايرتد الإقرار كمن قال لفلان على مائة فقال المقرّ له ليس لى ولكنها لفلان ، فالمال للمقر له الثانى كذا هنا درر موضحا (قوله وهو الأصح زيلعى) عبارته وفى الجامع الصغير كان هذا الثلث للشاهدين، لا للمشهود عليه، وهو الأصح الخ ، وظاهره أن مقابل الأصح كونه للأخ المشهود عليه (قوله يقتص) لا يقال الضرب بسلاح قد يكون خطأ فكيف يجب القود ، لأنا نقول لما شهدوا بالضرب بالسلاح ثبت العمد لا محالة ، لأنه لو كان خطأ لقالوا إنه قصد غيره فأصابه .

وقال فى شرح الكافى : ولاينبغى أن يسأل الشهود أنه مات بذلك أم لا وكذلك إذا شهدوا أنه ضرب بالسيف حتى مات وإن لم يذكروا العمد لأن العمد هو القصد بالقلب ، وهو أمر باطن لا يوقف عليه ، ولكن يعرف بدليله وهو الضرب بآلة قاتلة عادة ولو شهدوا أنه قتله عمدا وأنه مات فهو أحوط اه إتقانى .

قال الرملى : أول الجنايات هذا صريح فى أنه بعد ثبوت القتل بالآلة الجارحة بالبينة لا يقبل قول القاتل لم أقصده ، بخلاف ما لو أقر وقال أردت غيره ، لأنه ثبت من جهته مطلقا عن قيد العمدية والخطئية فيقبل منه ما أقر به ، ويحمل على الأدنى .

قال فى التاترخانية : وفى المجرد روى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة لو أقر أنه قتل فلانا بحديدة أو سيف ، ثم قال أردت غيره فقتلته لم يقبل منه ذلك ويقتل ، وعن أبى يوسف إذا قال ضربت فلانا بالسيف فقتلته ، قال هذا خطأ حتى يقول عمدا اه ملخصا .

أقول : التفرقة بين الشهادة والإقرار إنما تظهر على الرواية الثانية دون الأولى تأمل (قوله ولايحتاج الشاهد الخ) لأن الموت متى وجد عقيب سبب صالح يضاف إليه لا إلى شىء آخر إذا لم يكن في الظاهر سبب آخر ، وإن احتمل لأن احتمال خلاف الظاهر لا يعتبر فى الأحكام إتقانى (قوله أو في المكان) أى المتباعد فإن كان متقاربا كبيت شهد أحدهما إنى رأيته قتله فى هذا الجانب ، وشهد الآخر إنى رأيته قتله فى هذا الجانب فتقبل ولوالجية (قوله أو فى آلته) بأن قال أحدهما قتله بعصا والآخر قتله بالسيف . قال فى الخزانة : ولو شهد أحدهما بالقتل بالسيف والآخر بالسكين لم يجز ولو كانت الشهادتان بإقراره جاز اه ومنه يظهر أن وجه بطلان الشهادة مجرد الاختلاف لا كون موجب شهادة أحدهما العمد والآخر الخطأ عزمية (قوله لأن القتل لايتكرر) هذا إنما يظهر فى الاختلاف فى الزمان أو المكان أو الآلة ، فإن فى كل من الثلاثة أحد الشاهدين شهد فيه بقتل ، والآخر بآخر ويلزم منه اختلافهما فى المشهود به . وأما في الصورة الرابعة فالعلة أن أحدهما شهد بشبه العمد ، والآخر بقتل مطلق يحتمل العمد ، وشبه العمد والخطأ فلم يثبت اتفاقهما فى المشهود به ، وكذا فى الخامسة لشهادة أحدهما على الفعل والآخر

(وكذا) تبطل الشهادة (لو كمل النصاب فى كل واحد منهما) لتيقن القاضى بكذب أحد الفريقين ولا أولوية (ولو كمل أحد الفريقين دون الآخر قبل الكامل منهما) لعدم المعارض (ولو شهدا) بقتله (وقالا جهلنا آلته تجب الدية فى ماله) فى ثلاث سنين شرنبلالية استحسانا حملا على الأدنى وهو الدية وكانت فى ماله لأن الأصل فى الفعل العمد (وإن أقر كل واحد منهما) أى من الرجلين (أنه قتله وقال الولى قتلتماه جميعا له قتلهما) عملا بإقرارهما (ولو كان مكان الإقرار) والمسألة بحالها (شهادة لغت) الشهادتان لأن التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يبطل شهادته أما فسق المقر لا يبطل الإقرار (ولو قال) الولى (فى) صورة (الإقرار) السابقة صدقتما (ليس له أن يقتل واحدا منهما) لأن تصديقه بانفراد كل بقتله وحده إقرار بأن الآخر لم يقتله بخلاف قوله قتلتماه، لأنه دعوى القتل بلا تصديق فيقتلهما بإقرارهما زيلعى (ولو أقر) رجل (بأنه قتله وقامت البينة على آخر أنه قتله وقال الولى قتله كلاهما كان له) للولى (قتل المقر دون المشهود عليه) لأن فيه تكذيبا لبعض موجبه كما مر، ولو قال الولى لأحد المقرين صدقت أنت قتلته وحدك كان له قتله لتصادقهما على وجوب القتل عليه وحده (كما لو قال ذلك لأحد المشهود عليهما) كان له قتله لعدم تكذيبه شهوده عليه وإنما كذب الآخرين وكذا حكم الخطأ فى كل ما ذكر ذكره الزيلعى:

(شهدا على رجل بقتله خطأ وحكم بالدية) على العاقلة (فجاء المشهود بقتله حيا

على القول فلو قال لاختلاف المشهود به لشمل الكل (قوله وكذا تبطل الشهادة الخ) ظاهره بطلانها فى الصور الخمس مع أن الزيلعى إنما ذكر ذلك بعد الثلاثة الأول فقط، وبه تظهر العلة التى ذكرها، لأن كل فريق شهد بقتل آخر، والقتل لا يتكرر فيتيقن بكذب أحد الفريقين، أما فى الرابعة والخامسة فلا يظهر فتدبر (قوله ولا أولوية) أى ليس إحدى الشهادتين أولى بالقبول من الأخرى، وظاهر أن هذا إذا تعارضتا قبل الحكم بإحداهما وإلا فلا تسمع الثانية تأمل، لأن كل بينتين متعارضتين إذا سبق الحكم بإحداهما لغت الأخرى (قوله ولو كمل أحد الفريقين) أى تم نصاب الشهادة فى جانب دون آخر (قوله استحسانا) والقياس أن لا تقبل لأن الفعل يختلف باختلاف الآلة فجهل المشهود به هداية (قوله حملا على الأدنى) لأنهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل، فيجب أقل موجبيه وهو الدية ولا يحمل قولهما لا ندرى على الغفلة، بل يحمل على أنهما سعيا للدرء المندوب إليه فى العقوبات إحسانا للظن بهما عينى (قوله لغت) إلا إذا صدق الولى إحدى البينتين كما يأتى ط أى فى قول المصنف كما لو قال ذلك لأحد المشهود عليهما أى قال له أنت قتلته (قوله لأن التكذيب تفسيق) لأن قوله قتلتماه تكذيب للشهود فى بعض المشهود به، حيث ادعى اشتراكهما فى القتل، فكأنه قال لم ينفرد بقتله، بل شاركه آخر وهذا القدر من التكذيب يمنع قبول الشهادة لادعائه فسقهم به دون الإقرار زيلعى (قوله ليس له أن يقتل واحدا منهما) وليس له دية أيضا لما ذكره اهـ ط (قوله إقرار بأن الآخر لم يقتله) فكان مكذبا لهما فى إخبارهما بالقتل ط (قوله بلا تصديق) أى فى الانفراد فإن كلا منهما أقر بإنفراده بكل القتل وبالقصاص عليه، والمقر له صدقه فى وجوب القتل عليه أيضا لكنه كذبه فى انفراده بالقتل وتكذيب المقر فى بعض ما أقر به لا يضر كما مر (قوله ولو أقر رجل الخ) صورته ادعى الولى على رجلين بالقتل وجاء ببينة فشهدت البينة على أحدهما وأقر الآخر تأمل (قوله لأن فيه) أى فى قوله قتله كلاهما (قوله لبعض موجبه) أى موجب ما شهدا به، لأنهما أثبتا انفراد المشهود عليه بالقتل، والمدعى يقول لا بل قتله هو والآخر (قوله كما مر) أى من أن التكذيب تفسيق (قوله كما لو قال ذلك) أى أنت قتلته وحدك (قوله شهدا على رجلين بقتله خطأ) أى بأنه قتل آخر خطأ:

ضمن العاقلة الولى) لقبضه الدية بلا حق (أو الشهود ورجعوا) أى الشهود (عليه) على الولى لتملكهم المضمون الذى فى يد الولى (و) الشهادة على القتل (العمد) فى هذا الحكم (كالخطأ) فإذا جاء حيا بخير الورثة بين تضمين الولى الدية أو الشهود (إلا فى الرجوع) فلا رجوع للشهود على الولى لأنهم أوجبوا له القود ، وهو ليس بمال وقالا يرجعون كالخطأ (ولو شهدا على إقراره) أى إقرار القاتل بالخطأ أو العمد ثم جاء حيا (أو شهدا على شهادة غيرهما فى الخطأ) وقضى بالدية على العاقلة ثم جاء حيا (لم يضمنا) إذ لم يظهر كذبهما فى شهادتهما (وضمن الولى الدية) فى الصورتين (للعاقلة) إذ ظهر أنه أخذها منهم بغير حق (والمعتبر حالة الرمى) فى حق الحل والضمان (لا الوصول) وحينئذ (فتجب الدية) فى ماله وسقط القود للشبهة (بردة المرمى إليه قبل الوصول) وقالا لاشىء عليه (لا) تجب دية المرمى إليه (بإسلامه) بالإجماع (و) تجب (القيمة بعتقه) بعد الرمى قبل الإصابة (و) يجب (الجزاء على محرم رمى صيدا فحل) فوصل لاعلى حلال رماه فأحرم

واعلم أن هذه المسائل من هنا إلى قوله: والمعتبر حالة الرمى ذكرها صاحب الدرر وأصلها مذكور فى الفصل الرابع والعشرين من التاترخانية عن محمد فى الجامع الكبير (قوله ضمن العاقلة الولى) ولا يرجع الولى على أحد تاترخانية (قوله أو الشهود) لأن المال تلف بشهادتهم درر (قوله لتملكهم المضمون الخ) عبارة الدرر لأنهم ملكوا المضمون وهو ما فى يد الولى كالغاصب مع غاصب الغاصب (قوله والشهادة على القتل العمد الخ) أى إذا شهدوا بالقتل عمدا واقتص من القاتل ، ثم جاء المشهود بقتله حيا لا قصاص على واحد منهم ، ولكن ورثة القاتل بالخيار فإن ضمنوا الولى لا يرجع على أحد ، وإن ضمنوا الشهود لا يرجعون بذلك على الولى عنده وعندهما يرجعن تاترخانية (قوله أى إقرار القاتل بالخطأ أو العمد) أى وقضى عليه بالدية فى ماله فى صورة الخطأ لأن العاقلة لا تعقل الإقرار ، والقصاص فى صورة العمد تأمل (قوله فى الخطأ) قيد به لأن الشهادة على الشهادة لا تقبل فى القود كالحد كما صرحوا به فافهم (قوله ثم جاء) أى المشهود على الإقرار بقتله (قوله إذا لم يظهر كذبهما) لأنهما لم يشهدا بقتله بل شهدا على إقرار القاتل به ، فالظاهر أنه أقر كاذبا وفى الثانية شهدا على شهادة الأصول لا على نفس القتل (قوله وضمن الولى الدية فى الصورتين) أى فى الشهادة على إقراره وفى الشهادة على الشهادة فيرد الولى ما قبضه ، لكن فى الشهادة على الإقرار بالقتل عمدا لم يقبض شيئا لأن موجبها القود ولعل المراد أن الولى إذا اقتص من المقر يضمن ديته لأوليائه لظهور أن لاحق له فى القصاص بعد مجىء المقتص لأجله حيا تأمل (قوله للعاقلة) كذا فى الدرر وفيه نظر لأن العاقلة لاتعقل إقرارا ولاعمدا بل ضمانه للعاقلة مقصور على الصورة الثانية لأن الدية قضى بها عليهم كما مر وعبارة التاترخانية عن الجامع لاغبار عليها ، حيث قال : ولو كانت الشهادة فى الخطأ أو فى العمد على إقرار القاتل والمسألة بحالها ، فلا ضمان على الشهود ، وإنما الضمان على الولى فى الفصلين جميعا ، وكذا لو شهدا على شهادة شاهدين على قتل الخطإ وقضى القاضى بالدية على العاقلة وباقى المسألة بحالها لاضمان على الفروع ولكن يرد الولى الدية على العاقلة اه وأراد بباقى المسألة أن المشهود بقتله جاء حيا (قوله والمعتبر حالة الرمى) لأن الضمان بفعله وهو الرمى إذ لا فعل منه بعده فتعتبر حالة الرمى والمرمى إليه فيها متقوم هداية (قوله فى حق الحل والضمان) أراد بالحل الخروج عن إحرام الحج كما تجىء مسائله عزمية (قوله للشبهة) أى شبهة سقوط العصمة حال الوصول (قوله بردة المرمى إليه) أى فيما إذا رمى مسلما فارتد المرمى إليه والعياذ بالله تعالى ثم وقع به السهم (قوله وقالا لا شىء عليه) لأن التلف حصل فى محل لاعصمة له منح (قوله وتجب القيمة بعتقه الخ) والقياس القصاص لكن سقط للشبهة فانه يجب للمولى لو اعتبر الرمى ، وللعبد ثم ينتقل إلى وارثه لو اعتبر الوصول ، فأورث شبهة دارئة للقصاص شرح المجمع لمصنفه ، فتقييد القهستانى القتل هنا بالخطأ محل نظر أفاده أبو السعود

فوصل ولا يضمن من رمى مقضيا عليه برجم فرجع شاهده فوصل وحل صيد رماه مسلم فتمجس فوصل ه لايحل (ما رماه مجوسى فأسلم فوصل) لما عرفت أن المعتبر حالة الرمى ؛

[لغز] أى جان لو مات مجنيه فعليه نصف الدية ولوعاش فالدية؟ فقل ختان قطع الحشفة بإذن أبيه ؛ أى إنسان بقطع أذنه يجب نصف الدية وبقطع رأسه نصف عشرها؟ فقل جنين خرج رأسه فقطعه ففيه الغرة ؛ أى شىء يجب بإتلافه دية وثلاثة أخماسها؟ فقل دية لأسنانه أشباه ، والله تعالى أعلم بالصواب ؛

كتاب الديات

الدية فى الشرع اسم للمال الذى هو بدل للنفس لا تسمية للمفعول بالمصدر ، لأنه من المنقولات الشرعية ؛ والأرش اسم للواجب فيما دون النفس (دية شبه العمد مائة من الإبل أرباعا من بنت مخاض وبنت لبون وحقة إلى جذعة) بإدخال الغاية (وهى) الدية (المغلظة لا غير و) الدية (فى الخطأ

(قوله فوصل) أى السهم المرمى (قوله ولا يضمن الخ) لأنه حال الرمى مباح الدم وإنما الضمان على الراجع ، فيضمن الربع لو واحدا ولو كلهم فكل الدية أبو السعود (قوله فرجع شاهده) الإضافة للجنس ، لأنها تأتى لما تأتى له الألف واللام فيشمل رجوع واحد من الأربعة أو الكل (قوله أى جان الخ) يأتى بيانه قبيل القسامة (قوله باذن أبيه) متعلق بختان لا بقطع ، إذ لايعتبر إذنه فى قطع الحشفة لأنه لا يملكه رحمتى (قوله جنين خرج رأسه) أى فقطعه كما هو موجود فى بعض النسخ ، ففيه الغرة أى خمسمائة درهم نصف عشر الديـــة ، وعبارة الأشباه: خرج رأسه فقطع أذنه ولم يمت ففيه نصف الدية وإن قطع رأسه ففيه الغرة اهـ ؛

واعلم أن هذا كله إذا استهل ولم يخرج نصفه مع الرأس أو الأكثر مع القدمين ، فإن استهل وخرج منه ذلك ففيه القود فى القتل والقطع كما قدمناه أول الجنايات عن المجتبى والتاترخانية (قوله فقل دية الأسنان) سيأتى بيانه قريبا وهذا من لطافاته حيث يدخل على كل كتاب بمسألة تناسبه غالبا ، والله تعالى أعلم ؛

كتاب الديات

قدم القصاص لأنه الأصل وصيانة الحياة وللأنفس فيه أقوى والدية كالخلف له ولهذا تجب بالعوارض كالخطأ وما فى معناه معراج (قوله الدية فى الشرع الخ) وفى اللغة مصدر ودى القاتل المقتول إذا أعطى وليه المال الذى هو بدل النفس والتاء فى آخرها عوض عن الواو فى أولها كالعدة (قوله الذى هو بدل النفس) زاد الإتقانى أو الطرف (قوله لا تسمية للمفعول الخ) كذا قال ابن الكمال رادا على الزيلعى وغيره ؛

والحاصل : أنه مجاز فى اللغة حقيقة فى العرف كما قال النحويون فى إطلاق اللفظ على الملفوظ ، والمقصود بيان المعنى العرفى الحقيقى والحقائق لا يطالب لها أصل ، وبيان أنه تسمية للمفعول بالمصدر يؤذن ببيان المعنى اللغوى المجازى فتأمل (قوله والأرش اسم للواجب فيما دون النفس) وقد يطلق على بدل النفس وحكومة العدل قهستانى (قوله أرباعا) حال من مائة أو من الإبل أى مقسمة من كل نوع من الأنواع الآتية ربع المائة (قوله من بنت مخاض) هى التى طعنت فى السنة الثانية وبنت لبون فى الثالثة والحقة فى الرابعة والجذعة فى الخامسة (قوله وهى الدية المغلظة لا غير) اعلم أن عبارات المتون هنا مختلفة المفهوم ، فظاهر الهداية والاختيار والكنز ، والملتقى أن الدية فى شبه العمد لا تكون من غير الإبل ، وهو ظاهر عبارة المصنف هنا أيضا ، وعليه فالتغليظ ظاهر ، لعدم التخيير وظاهر الوقاية والاصلاح والغرر وغيرها أنها تكون من غير الإبل ، وبه صرح فى متن القدورى

أخماس منها ومن ابن مخاض أو ألف دينار من الذهب أو عشرة آلاف دهم من الورق) وقال الشافعي : اثنا عشر ألفا وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة ، ومن الغنم ألفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان إزار ورداء هوالمختار (وكفارتهما) أى الخطأ وشبه العمد (عتق قن مؤمن فإن عجز عنه صام شهرين ولاء ولا إطعام فيهما) إذ لم يرد به النص والمقادير توقيفية (وصح) إعتاق (رضيع أحد أبويه مسلم) لأنه مسلم تبعا (لا الجنين ودية المرأة على النصف من دية الرجل فى دية النفس وما دونها) روى ذلك عن على رضى الله عنه موقوفا ومرفوعا (والذمى والمستأمن

حيث قال : ولا يثبت التغليظ إلا فى الابل خاصة فإن قضى من غير الابل لم تتغلظ اه وعليه فمعنى التغليظ فيها : أنها إذا دفعت من الإبل تدفع أرباعا ، بخلاف دية الخطأ فإنها أخماس ، وفى المجمع : تتغلظ دية شبه العمد فى الابل قال شارحه : حتى لو قضى بالدية من غير الإبل لم تغلظ ، وكذا فى درر البحار وشرحه غرر الأفكار وفى جنايات غاية البيان ، وتغلظ الدية فى شبه العمد فى الابل إذا فرضت الدية فيها فأما غير الإبل فلا يغلظ فيها وفى الجوهرة حتى أنه لا يزاد فى الفضة على عشرة آلاف ولا فى الذهب على ألف دينار . وفى درر البحار : اتفق الأئمة على أن الدية من الذهب فى الخطأ وشبه العمد ألف دينار ، فهذه العبارات صريحة فى أن دية شبه العمد لاتختص بالإبل .

قال ط : والذى قدمه الزيلعى أول الكتاب أن الدية فى شبه العمد لا تكون إلا من الإبل مغلظة على العاقلة فى ثلاث سنين يؤخذ فى كل سنة ثلث المائة من الإبل ورجحه فى الشرنبلالية بأنه لوكان الواجب ما هو أعم من الإبل، لم يكن للتغليظ فائدة لأنه يختار الأخف فتفوت حكمة التغليظ اه .

أقول : ما نقله عن الزيلعى لم أره فى نسختى فليراجع وعلى ثبوته فالظاهر أن فى المسألة روايتين والله تعالى أعلم (قوله أخماس منها ومن ابن مخاض) أى تؤخذ المائة من الأربعة المارة ومن ابن مخاض أخماسا من كل نوع عشرون (قوله وقالا منها) أى من الثلاثة الماضية : وهى الإبل والدنانير والدراهم ومن البقر الخ ، فتجوز عندهما من ستة أنواع وعند الإمام من الثلاثة الأول فقط .

قال فى الدر المنتقى : ويؤخذ البقر من أهل البقر والحلل من أهلها وكذا الغنم ، وقيمة كل بقرة أو حلة خمسون درهما ، وقيمة كل شاة خمسة دراهم كما فى الشرنبلالية عن البرهان زاد القهستانى والشياه ثنايا وقيل كالضحايا وعن الإمام كقولهما ، وثمرة الخلاف أنه لو صالح على أكثر من مائتى بقرة لم يجز عندهما وجاز عنده ، لأنه صالح على ما ليس من جنس الدية ، وقد مر والصحيح ما ذهب إليه الإمام كما فى المضمرات ، وأفاد أن كل الأنواع أصول وعليه أصحابنا وأن التعيين بالرضا أو القضاء وعليه عمل القضاة وقيل للقاتل ذكره القهستانى اه وتمامه فى المنح (قوله هو المختار) أى تفسير الحلة بذلك وقيل فى ديارنا قميص وسراويل نهاية (قوله عتق قن) أى كامل فيكفى الأعور لا الأعمى درمنتقى (قوله مؤمن) بخلاف سائر الكفارات ، لورود النص به والنص وإن ورد فى الخطأ لكن لما كان شبه العمد فيه معنى الخطأ ثبت فيه حكم الخطأ إتقانى (قوله فإن عجز عنه) أى وقت الأداء لا الوجوب قهستانى (قوله ولاء) أى متتابعين (قوله ولا إطعام فيهما) بخلاف غيرهما من الكفارات (قوله وصح إعتاق رضيع) أى إن عاش بعده حتى ظهرت سلامة أعضائه وأطرافه ، فلو مات قبل ذلك لم تتأدبه الكفارة إتقانى (قوله لا الجنين) لأنه لم تعرف حياته ، ولا سلامته ، ولأنه عضو من وجه فلا يدخل تحت مطلق النص زيلعى (قوله ودية المرأة الخ) ففى قتل المرأة خطأ خمسة آلاف ، وفى قطع يدها ألفان وخمسمائة ، وهذا فيما فيه دية مقدرة وأما فيما فيه الحكومة فقيل كالمقدرة ، وقيل يسوى بينهما كما فى الظهيرية ولا يرد جنين

والمسلم) فى الدية (سواء) خلافا للشافعى :
وصحح فى الجوهرة : أنه لا دية فى المستأمن وأقره فى الشرنبلالية لكن بالتسوية جزم فى الاختيار وصححه الزيلعى (وفى النفس) خبر المبتدإ وهو قوله الآتى الدية (والأنف) ومارنه وأرنبته وقيل فى أرنبته حكومة عدل على الصحيح (والذكر والحشفة والعقل

فيه غرة لأنه مستثنى ، كما يأتى درمنتقى : وفى التاترخانية عن شرح الطواويسى : ما ليس له بدل مقدر يستوى فيه الرجل والمرة عند أصحابنا :
[تنبيه] فى أحكام الخنثى من الأشباه لاقصاص على قاطع يده ولو عمدا ولو كان القاطع امرأة ولا تقطع يده إذا قطع يد غيره عمدا ، وعلى عاقلته أرشها ، وإذ قتل خطأ وجبت دية المرأة ويوقف الباقى إلى التبين ، وكذا فيما دون النفس ؛ ويصح إعتاقه عن الكفارة (قوله خلافا للشافعى) حيث قال دية اليهودى والنصرانى أربعة آلاف درهم ودية المجوسى ثمانمائة درهم هداية (قوله وصحح فى الجوهرة الخ) حيث قال ناقلا عن النهاية : ولا دية للمستأمن هو الصحيح اه واعترض بأن الذى فى النهاية هو التصريح بالتسوية فى الدية والتفرقة فى القصاص اه :
قلت : وهكذا رأيت فى النهاية وغاية البيان (قوله وأقره فى الشرنبلالية) غير مسلم لأنه نقل تصحيح الجوهرة المذكور ونقل بعده مانصه وقال الزيلعى والمستأمن ديته مثل دية الذمى فى الصحيح لما روينا ، فقد اختلف التصحيح اه ط :
أقول : واستظهر الرملى ماصححه الزيلعى وغيره واختلاف التصحيح إنما هو بعد ثبوت مانقله فى الجوهرة عن النهاية والله تعالى أعلم (قوله وفى النفس) فى للسببية ولا حاجة لذكر النفس لعلم حكمها مما تقدم ط (قوله والأنف الخ) الأصل فى قطع طرف من أطراف الآدمى أنه إن فوت جنس منفعة على الكمال أو أزال جمالا مقصودا على الكمال ففيه كل الدية لأنه إتلاف للنفس من وجه لقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية فى اللسان والأنف فقسنا مافى معناه عليه إتقانى :
واعلم أن مالا ثانى بدله فى بدن الإنسان من الأعضاء أو المعانى المقصودة فيه كمال الدية ، والأعضاء أربعة أنواع أفراد وهى ثلاثة : الأنف واللسان والذكر والمعانى التى هى أفراد فى البدن : العقل والنفس والشم والذوق وأما الأعضاء التى هى أزواج : فالعينان والأذنان الشاخصتان والحاجبان والشفتان واليدان وثديا المرأة والأنثيان والرجلان ففيهما الدية ، وفى أحدهما نصفها والتى هى أرباع أشفار العين وفى كل شفر ربع الدية والتى هى أعشار أصابع اليدين وأصابع الرجلين ففى العشرة الدية وفى الواحدة عشرها والتى تزيد على ذلك الأسنان وفى كل منها عشر الدية ويأتى بيان ذلك (قوله ومارنه) هو مالان من الأنف وأرنبته طرف الأنف لأنه فوت الجمال على الكمال ، وكذ المنفعة لأن المارن لاشتمام الروائح فى الأنف لتعلو منه إلى الدماغ ، وذلك يفوت بقطع المارن ولو قطع المارن مع القصبة لايزاد على دية واحدة ، لأنه عضو واحد ولو قطع أنفه فذهب شمه فعليه ديتان لأن الشم فى غير الأنف ، فلا تدخل دية أحدهما فى الآخر كالسمع مع الأذن معراج (قوله وقيل الخ) حكاه القهستانى وجزم فى الهداية وغيرها بالأول (قوله والذكر والحشفة) لأنه يفوت بالذكر منفعة الوطء والإيلاد واستمساك البول والرمى به ودفع الماء والإيلاج الذى هو طريق الاعلاق عادة ، والحشفة أصل فى منفعة الإيلاج والدفق والقصبة كالتابع له هداية ، وقدم المصنف وجوب (القصاص فى قطع الحشفة عمدا ، وفى الذكر خلاف قدمناه قوله والعقل) لأن به نفع المعاش و المعاد وفى الخيرية سئل فى رجل طرح آخر على الأرض ، وضربه فصار

والشم والذوق والسمع والبصر واللسان إن منع النطق) أفاد أن فى لسان الأخرس حكومة عدل جوهرة وهذا ساقط من نسخ الشارح فتنبه (أو منع أداء أكثر الحروف) وإلا قسمت الدية على عدد حروف الهجاء الثمانية وعشرين أو حروف اللسان الستة عشر تصحيحان فما أصاب الغائب يلزمه وتمامه فى شرح الوهبانية وغيرها (ولحية خلقت

يصرع فماذا عليه أجاب : إن ثبت زوال عقله بما ذكر ففيه دية كاملة ، وإن زال بعضه فبقدره إن انضبط بزمان أو غيره ، وإلا فحكومة عدل ، وللقاضى أن يقدرها باجتهاده وهذا قلته تفقها أخذا من كلامهم ، وقد صرح بعض العلماء بأن الإصراع ضرب من الجنون اه (قوله والشم والذوق والسمع والبصر) لأن لكل واحد منها منفعة مقصودة وقد روى : أن عمر رضى الله تعالى عنه قضى بأربع ديات فى ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر هداية ، ويعرف تلفها بتصديق الجانى أو نكوله أو الخطاب مع الغفلة وتقريب الكريه وإطعام الشىء المر قهستانى (قوله أفاد أن فى لسان الأخرس حكومة عدل) أى إذا لم يذهب به ذوقه لأن المقصود منه الكلام ، ولا كلام فيه فصار كاليد الشلاء وآلة الخصى والعنين والرجل العرجاء والعين القائمة العوراء والسن السوداء اه معراج : أى فإن فى الكل حكومة عدل ، لأنه لم يفوت منفعة ، ولا فوت جمالا على الكمال عناية بخلاف ما إذا ذهب به ذوقه (قوله وهذا) أى قوله إن منع النطق (قوله وإلا قسمت الدية الخ) أى إن لم يمنع أداء أكثر الحروف بأن قدر عليه قسمت الدية الخ لكن قال القهستانى فإن تكلم بالأكثر فالحكومة ، وقيل : يقسم على عدد الحروف فما تكلم به منها حط من الدية بحصته ، سواء كان نصفا أو ربعا أو غيره وهو الأصح ، وقيل : على حروف اللسان وهو الصحيح كما فى الكرمانى اه ملخصا .

وبه علم أن الأقوال ثلاثة وبها صرح فى الهداية وغيرها وعلى الأول مشى فى الملتقى والدرر ، وشرح المجمع والاختيار ، وغرر الأفكار والإصلاح وغيرها ، وصرح فى الجوهرة بتصحيح الأخيرين كالقهستانى ، والأول مصحح أيضا لما علمته وظاهر كلام الشارح(١) أن الأخيرين تفسير للحكومة التى أوجبها القول الأول ، فلا منافاة بينه وبينهما وهو حسن لكنه خلاف المفهوم من كلامهم فتأمل (قوله الستة عشر) وهى التاء والثاء والجيم والدال والذال والراء والزاى والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون والياء زيلعى ، وعدها فى الجوهرة ثمانية عشر بزيادة القاف والكاف قال ابن الشحنة : وأفاد المصنف أنه قول النحاة والقراء وعدها الخاصى أربعة عشر ، لكن بلا حصر لأنه أتى بكاف التشبيه اه (قوله وتمامه فى شرح الوهبانية) حيث أفاد أنه على كونها ستة عشر يكون فى كل حرف ستمائة وخمسة وعشرون درهما ومن الذهب اثنان وستون ونصف ، وعلى كونها ثمانية عشر ففى الحرف من الذهب خمسة وخمسون وخمسة أتساع ومن الدراهم خمسمائة وخمسة وخمسون وخمسة أتساع اه .

[تنبيه] قال فى المعراج ولو ذهب بجنايته على الحلق أو الشفة بعض الحروف الحلقية أو الشفوية ، ينبغى أن يجب بقدره من الثمانية والعشرين ، ولو بدل حرفا مكان حرف فقال فى الدرهم دلهم فعليه ضمان الحرف لتلفه ، وما يبدله لا يقوم مقامه اه (قوله ولحية حلقت) وكذا لو نتفت قهستانى لأنه أزال الجمال على الكمال ولحية المرأة

---

(١) (قوله وظاهر كلام الشارح الخ) أنت خبير بأن القهستانى إنما حكى القول بالحكومة فى فوات الأقل والقولين بعده فى فوات البعض مطلقا فكيف يصح التفسير وتنعدم المنافاة .

وحاصل ما استفيد من تقرير مولانا أنه إذا فات بعض الحروف قيل إن كان الفائت الأكثر ففيه الدية وهذا ما فى المصنف ، وأن الأقل فالحكومة وهذا ما فى القهستانى وقيل بفوات البعض أيا كان تقسم الدية على عدد الحروف اللسانية أو حروف الهجاء قولان اه وبهذا تعلم ما فى المحشى تأمل .

لم تنبت) ويؤجل سنة فإن مات فيها برئ وفى نصفها نصف الدية وفيما دونها حكومة عدل كشارب ولحية عبد فى الصحيح ، ولاشىء فى لحية كوسج على ذقنه شعرات معدودة ولو على خده أيضا ، ولكنه غير متصل فحكومة عدل ولو متصلا فكل الدية (وشعر الرأس كذلك) أى إذا حلق ولم ينبت كذا روى عن علىّ وعند الشافعى : فيهما حكومة عدل واعلم أنه لا قصاص فى الشعر مطلقا ، ولو مات قبل تمام السنة ولم ينبت فلا شىء عليه كشعر صدر وساعد وساق (والعينين والشفتين والحاجبين والرجلين والأذنين والأنثيين) أى الخصيتين (وثديى المرأة) وحلمتيهما والأليتين إذا استأصلهما وإلا فحكومة عدل وكذا فرج المرأة من الجانبين (الدية)

لاشىء فيها لأنها نقص كما فى الجوهرة (قوله فإن مات فيها برئ) أى لاشىء عليه وقالا حكومة عدل كفاية (قوله وفى نصفها نصف الدية) وقال بعض أصحابنا كمال الدية لفوات الجمال بحلق البعض معراج ، وفى غاية البيان ولو حلق بعض اللحية ولم تنبت قال بعضهم : تجب فيه حكومة عدل قال فى شرح الكافى : والصحيح كل الدية لأنه فى الشين فوق من لا لحية له أصلا (قوله فى الصحيح) لأن الشارب تابع للحية فصار كبعض أطرافها ، والمقصود فى العبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحر هداية .

قلت : ومفاده أنه لو حلق الشارب مع اللحية يدخل فى ضمانها لأنه تابع ، ونقل السائحانى عن المقدسى أنه لا يدخل وفى خزانة المفتين يدخل (قوله ولا شىء فى لحية كوسج) بالفتح وبضم قاموس لأنها تشينه لاتزينه (قوله فحكومة عدل) لأن فيه بعض الجمال هداية (قوله فكل الدية)لأنه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال هداية (قوله وشعر الرأس كذلك) سواء كان شعر رجل أو امرأة أو كبير أو صغير معراج (قوله أى إذا حلق ولم ينبت) أى على وجه يظهر فيه القرع ، فإنه يعد عيبا عظيما ، ولهذا يتكلف الأقرع فى ستر رأسه كما يتكلف ستر سائر عيوبه إتقانى ، وهذا كله إذا فسد المنبت فإن نبت حتى استوى كما كان لا يجب شىء لأنه لم يبق أثر الجناية ويؤدب على ارتكابه مالايحل هداية ، وإن نبت أبيض فإن فى أوانه لايجب شىء وإلا فالصحيح أن فيه حكومة عدل إتقانى وإن كان عبدا ففيه أرش النقصان جوهرة (قوله فيهما) أى فى اللحية وشعر الرأس (قوله مطلقا) أى ولو عمدا فى اللحية وشعر الرأس، وكذا شعر الحاجب معراج ، لأن القصاص عقوبة ، فلا يثبت قياسا ، وإنما يثبت نصا أو دلالة والنص إنما ورد فى النفس والجراحات ، وهذا ليس فى معناهما لأنه لم يتألم به ، ولا يتوهم فيه السراية زيلعى . والعمد فى ماله والخطأ على عاقلته كما فى القتل أفاده الإتقانى. وفى المعراج ثم قيل: صورة الخطأ فى حلق الشعر أن يظنه مباح الدم ثم يتبين أنه غير مباح الدم (قوله فلا شىء عليه) أى عنده وقالا تجب حكومة عدل معراج ، ومر نظيره فى اللحية (قوله والعينين الخ) لأن فى تفويت الاثنين من هذه الأشياء تفويت جنس المنفعة أو كمال الجمال فيجب كمال الدية ،وفى تفويت أحدها تفويت النصف فيجب نصف الدية هداية (قوله والأنثيين) لتفويت منفعة الإمناء والنسل زيلعى .

[تنبيه] فى التاترخانية عن التحفة : إذا قطعهما مع الذكر معا فعليه ديتان ، وكذا لو قطع الذكر أولا فإن بقطعه منفعة الأنثيين وهى إمساك المنى قائمة ، وأما عكسه ففيه دية للأنثيين وحكومة للذكر اهـ ملخصا : أى لفوات منفعة الذكر قبل قطعه وفيما قطع إحدى أنثييه فانقطع ماؤه فدية ونصف (قوله وثديى المرأة وحلمتيهما) لتفويت منفعة الإرضاع زيلعى ، والصغيرة والكبيرة سواء إتقانى ، وهل فى الثديين القصاص حالة العمد لاذكر له فى الكتب الظاهرة ، وكذا الأنثيان تاترخانية (قوله وكذا فرج المرأة) قال فى الخلاصة ولو قطع فرج المرأة وصارت بحال لاتستمسك البول ففيه الدية اهـ . وفى التاترخانية : ولو صارت بحال لايمكن جماعها ففيه الدية

وفى ثدى الرجل حكومة عدل (وفى كل واحد من هذه الأشياء) المزدوجة (نصف الدية وفى أشفار العينين الأربعة) جمع شفرة بضم الشين وتفتح: الجفن أو الهدب (الدية) إذا قلعهاولم تنبت (وفى أحدها ربعها) ولو قطع جفون أشفارها فدية واحدة لأنهما كشىء واحد وفى جفن لاشعر عليه حكومة عدل، لكن المعتمد أن فى كل دية كاملة جفنا أو شعرا (وفى كل أصبع من أصابع اليدين أو الرجلين عشرها وما فيها مفاصل ففى أحدها ثلث دية الإصبع ونصفها) أى نصف دية الأصبع (لوفيها مفصلان) كالإبهام (وفى كل سن) يعنى من الرجل إذ دية سن المرأة نصف دية الرجل جوهرة (خمس من الإبل) أوخمسون دينارا (أو خمسمائة درهم) لقوله عليه الصلاة والسلام «فى كل سن خمس من الإبل» يعنى نصف عشر ديته لو حرا ونصف عشر قيمته لو عبدا.

فإن قلت: تزيد حينئذ دية الأسنان كلها على دية النفس بثلاثة أخماسها.

(قوله وفى ثدى الرجل حكومة عدل) لأنه ليس فيه تفويت المنفعة، ولا الجمال على الكمال زيلعى. وفى حلمة ثديه حكومة عدل دون ذلك خلاصة (قوله جمع شفرة) كذا فى المنح بالتاء، ولم أره لغيره والمذكور فى كلامهم شفر بلا تاء (قوله الجفن) أى طرفه قال القهستانى جمع شفر بالضم وهو حرف ماغطى العين من الجفن لاما عليه من الشعر وهو الهدب ويجوز أن يراد مجازا اهـ. وفى المغرب: شفر كل شىء حرفه وشفر العين منبت الأهداب قال الزيلعى وأيهما أريد كان مستقيما، لأن فى كل واحد من الشفر ومنابته دية كاملة كقطعهما معا لأنهما كشىء واحد كالمارن مع القصبة اهـ (قوله ولم تنبت) بضم حرف المضارعة من الإنبات إن أريد بها المعنى الحقيقى، وهو الأجفان، وبالفتح إن أريد بها الأهداب قال فى الشرنبلالية: ولم يذكر التأجيل ولعله كاللحية (قوله وفى أحدها ربعها) لأنه يتعلق بها الجمال على الكمال، ويتعلق بها دفع الأذى والقذى عن العين، وتفويت ذلك ينقص البصر، ويورث العمى، فإذا وجب فى الكل الدية وهى أربعة، ففى الواحد ربع الدية وفى الاثنين نصفها، وفى الثلاثة ثلاثة أرباعها زيلعى ويجب فى المرأة مثل نصف مايجب فى الرجل إتقانى (قوله ولو قطع جفون أشفارها) كذا فى المنح والأوضح الجفون بأشفارها. قال فى التبيين: ولو قطع الجفون بأهدابها تجب دية واحدة لأن الأشفار مع الجفون كشىء واحد كالمارن مع القصبة والموضحة مع الشعر اهـ ولو قلع العين بأجفانها تجب ديتان دية العين ودية أجفانها لأنهما جنسان كاليدين والرجلين جوهرة ط (قوله وفى جفن لاشعر عليه حكومة عدل) كذا فى غاية البيان عن التحفة نقله ط عن الهندية عن المحيط (قوله لكن المعتمد الخ) لم أر من ذكر هذا ط. والظاهر أنه استدراك على المسألة الثانية فقط.

أما قوله: ولو قطع جفون أشفارها فقد اقتصر عليه فى الهداية والتبيين وغيرهما من الشراح.

وحاصل كلامه: أن فى كل من الجفن الذى لا شعر عليه أو الشعر وحده إذا قطعه بانفراده دية كاملة، ويوافقه ما فى الاختيار حيث قال: فان قطع الأشفار وحدها، وليس فيها أهداب ففيها الدية وكذلك الأهداب، وإن قطعهما معا فدية واحدة اهـ (قوله جفنا أو شعرا) أى سواء كان جفنا أو شعر الجفن فهو خبر لكان المحذوفة وفى نسخة شفره بالفاء ط (قوله كالإبهام) الكاف استقصائية ط (قوله وفى كل سن) السن اسم جنس يدخل تحته اثنان وثلاثون: أربع منها ثنايا، وهى الأسنان المتقدمة اثنان فوق واثنان أسفل، ومثلها رباعيات وهى ما يلى الثنايا، ومثلها أنياب تلى الرباعيات، ومثلها ضواحك تلى الأنياب، واثنا عشر سنا تسمى بالطواحن من كل جانب ثلاث فوق وثلاث أسفل وبعدها سن وهى آخر الأسنان يسمى ضرس الحلم، لأنه ينبت بعد البلوغ وقت كمال العقل عناية (قوله نصف دية الرجل) أى نصف دية سنه (قوله خمس من الابل) قيمة كل بعير مائة درهم إتقانى (قوله يعنى الخ) أى المراد فيما ذكر الحر أما العبد فإن ديته قيمته فيجب نصف عشرها (قوله بثلاثة أخماسها) أى بناء على الغالب من أن الأسنان اثنان وثلاثون؛ فيجب فيها ستة عشر ألف درهم، وذلك

قلت : نعم ولا بأس فيه لأنه ثابت بالنص على خلاف القياس كما فى الغاية وغيرها ؛

وفى العناية : وليس فى البدن مايجب بتفويته أكثر من قدر الدية سوى الأسنان وقد توجد نواجذ أربعة فتكون أسنانه ستا وثلاثين ذكره القهستانى ؛

قلت : وحينئذ فللكوسج دية وخمسا دية ولغيره إما دية ونصف أو ثلاثة أخماس أو أربعة أخماس وعلمت أن المرأة على النصف فتبصر (وتجب دية كاملة فى كل عضو ذهب نفعه) بضرب ضارب (كيد شلت وعين ذهب ضوؤها وصلب انقطع ماؤه) وكذا لو سلس بوله أو أحدبه ولو زالت الحدوبة فلا شىء عليه ، ولو بقى أثر الضربة فحكومة عدل (ويجب حكومة عدل بإتلاف عضو ذهب نفعه إن لم يكن فيه جمال كاليد الشلاء أو أرشه كاملا إن كان فيه جمال كالأذن الشاخصة)

دية النفس وثلاثة أخماسها (قوله ولا بأس فيه) أى وإن خالف القياس إذ لا قياس مع النص (قوله كما فى الغاية) أى غاية البيان للإمام قوام الدين الإتقانى (قوله وقد توجد نواجذ أربعة) النواجذ أضراس الحلم مغرب (قوله فللكوسج الخ) أى إذا نزعت أسنانه كلها فله دية وخمسا دية ، وذلك أربعة عشر ألف درهم ، لأن أسنانه ثمانية وعشرون. حكى أن امرأة قالت لزوجها : ياكوسج فقال : إن كنت فأنت طالق ، فسئل أبو حنيفة فقال : تعد أسنانه إن كانت ثمانية وعشرين فهو كوسج معراج (قوله ولغيره الخ) أى غير الكوسج لأن غيره إما له ثلاثون سنا فله دية ونصف وذلك خمسة عشر ألفا أوله اثنان وثلاثون فله دية وثلاثة أخماسها وذلك ستة عشر ألفا أو له ستة وثلاثون فله دية وأربعة أخماسها وذلك ثمانية عشر ألفا.

[تنبيه] قال فى الخلاصة : ضرب سن رجل حتى تحركت وسقطت إن كان خطأ يجب خمسمائة على العاقلة وإن كان عمداً يقتص اه ؛

واعلم أن الدية وثلاثة أخماسها وهى ستة عشر ألفا تجب فى ثلاث سنين ؛ لكن قال فى الجوهرة وغيرها إنه يجب فى السنة الأولى ثلثا دية ثلث من الدية الكاملة وثلث من ثلاثة أخماسها ، وفى السنة الثانية ثلث الدية ، وما بقى من الثلاثة الأخماس ، وفى السنة الثالثة ثلث الدية ، وهو ما بقى من الدية الكاملة اه . وذلك لأن الدية فى ثلاث سنين فى كل سنة ثلثها ، ويجب ثلاثة أخماسها وهى ستة آلاف فى سنتين فى الأولى منها ثلث الدية ، والباقى فى السنة الثانية إتقانى عن شرح الطحاوى ؛

قلت : وعليه ففى السنة الأولى ستة آلاف وستمائة(١) وستة وستون وثلثان وفى الثانية ستة آلاف وفى الثالثة ثلاثة آلاف وثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث لكن فى المجتبى والتاترخانية وغيرهما عن المحيط أنه فى السنة الثانية ستة آلاف وستمائة وثلاثة وثلاثون وثلث وفى السنة الثالثة ثلاثة آلاف اه ومثله فى المنح والظاهر أنهما روايتان تأمل (قوله وتجب دية كاملة) أى دية ذلك العضو رملى ، فإن فى اليد أو العين لاتجب دية النفس لأن دية النفس تجب فى عشرة أشياء : وهى كما فى المنح عن المجتبى : العقل وشعر الرأس والأنف واللسان واللحية والصلب إذا كسره وإذا انقطع ماؤه وإذا سلس بوله والدبر إذا طعنه فلا يمسك الطعام والذكر اه وتمامه فيها (قوله أو أحدبه) لأن فيه تفويت منفعة الجمال على الكمال ، لأن جمال الآدمى فى كونه منتصب القامة ، وقيل هو المراد بقوله تعالى — لقد خلقنا الإنسان فى أحسن تقويم — زيلعى (قوله فلا شىء عليه) وقالا عليه أجرة الطبيب ط عن الهندية (قوله أو أرشه) عطف على حكومة والأرش فى المثال الآتى نصف الدية (قوله كالأذن الشاخصة) هى المرتفعة من شخص بالفتح

---

(١) (قوله ستة آلاف وستمائة الخ) لعل صوابه ثلثمائة تأمل اه .

هو الطرش وسيجىء مالو ألصقه فالتحم فى أواخر هذا الفصل :

فصل فى الشجاج

(وتختص) الشجة (بما يكون بالوجه والرأس) لغة (وما يكون بغيرهما فجراحة) أى تسمى جراحة وفيها حكومة عدل مجتبى ومسكين :

(وهى) أى الشجاج (عشرة الحارصة) بمهملات وهى التى تحرص الجلد أى تخدشه (والدامعة) بمهملات التى تظهر الدم كالدمع ولا تسيله (والدامية) التى تسيله (والباضعة) التى تبضع الجلد أى تقطعه (والمتلاحمة) التى تأخذ فى اللحم (والسمحاق) التى تصل إلى السمحاق أى جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الرأس (والموضحة) التى توضح العظم أى تظهره (والهاشمة التى تهشم العظم) أى تكسره (والمنقلة) التى تنقله بعد الكسر (والآمة التى تصل إلى أم الدماغ وهى الجلدة التى فيها الدماغ وبعدها الدامغة بغين معجمة وهى التى تخرج الدماغ

ارتفع معراج وعزمية ، والتقييد به لدفع توهم أن يراد بها السمع عناية ، لأن الكلام فيما فيه تفويت الجمال وذهاب السمع فيه تفويت جنس المنفعة وفيه الدية كاملة (قوله هو الطرش) لم أره لغيره ، ولم أدر من أين أخذه (قوله وسيجىء ما لو ألصقه) أى الأذن وذكر ضميرها باعتبار العضو ، والذى يجئ هو وجوب الأرش لو ألصقها فالتحمت إذ لا تعود كما كانت (قوله فى أواخر هذا الفصل) أى الذى أراد الشروع فيه والله تعالى أعلم :

فصل فى الشجاج

هى جمع شجة. ولما كانت نوعا من أنواع ما دون النفس ، وتكاثرت مسائله ذكره فى فصل على حدة منح (قوله وتختص الشجة الخ) قال فى الهداية : والحكم مرتب على الحقيقة : أى حكم الشجاج يثبت فى الوجه والرأس على ما هو حقيقة اللغة ، لأن الشجة لغة ما كان فيهما لا غير ، وفى غيرهما لا يجب المقدر فيهما بل يجب حكومة عدل إتقانى : فلو تحققت الموضحة مثلا فى نحو الساق واليد لا يجب الأرش المقدر لها ، لأنها جراحة لا موضحة ولا شئ من الجراح له أرش معلوم إلا الجائفة كما فى الظهيرية واللحيان عندنا من الوجه ، حتى لو وجدت فيهما الموضحة والهاشمة والمنقلة كان لها أرش مقدر كما فى الهداية وليس فى الشجاج أرش مقدر إلا فى الموضحة والهاشمة والمنقلة والآمة كما سيتضح (قوله وفيها حكومة عدل) لأن التقدير بالتوقيف وهذا إنما ورد فيما يختص بالوجه والرأس هداية ، ولا تلحق الجراحة بالشجة دلالة أو قياسا إذ ليست فى معناها إذ الوجه والرأس يظهران غالبا فالشين فيهما أعظم أفاده الزيلعى وغيره (قوله أى تخدشه) من باب ضرب مختار قال ابن الشحنة عن قاضيخان : هى التى تخدش البشرة ولا يخرج منها دم وتسمى خادشة (قوله التى تبضع الجلد) كذا فسرها الزيلعى وغيره ، ورده الطورى بأن الزيلعى نفسه صرح بتحقق قطع الجلد فى الأنواع العشرة فالظاهر فى تفسيرها ما فى المحيط والبدائع أنها التى تبضع اللحم ومثله فى كتب اللغة ، وعلى هذا فيزاد فى المتلاحمة قيد آخر فيقال كما فى البدائع وغيرها هى التى تذهب فى اللحم أكثر مما تذهب الباضعة (قوله التى تأخذ فى اللحم) قال فى المغرب : هى التى تشق اللحم دون العظم ، ثم تتلاحم بعد شقها وتتلاصق : قال الأزهرى والوجه أن يقال اللاحمة أى القاطعة اللحم ، وإنما سميت بذلك على ما تئول إليه أو على التفاؤل اهـ (قوله والسمحاق) كقرطاس قاموس (قوله والموضحة) بفتح الضاد المعجمة قهستانى وظاهر كلام الشارح وغيره أنها بالكسر (قوله التى تهشم) من باب ضرب مغرب (قوله والمنقلة) بتشديد القاف مفتوحة أو مكسورة شرح وهبانية (قوله والآمة) بالمد والتشديد وتسمى مأمومة أيضا والدماغ ككتاب مخ الرأس قاموس (قوله تخرج الدماغ) أى تقطع الجلد وتظهر

ولم يذكرها محمد للموت بعدها عادة فتكون قتلا لا شجا فعلم بالاستقراء بحسب الآثار أنها لا تزيد على العشرة (ويجب في الموضحة نصف عشر الدية) أى لو غير أصلع وإلا ففيها حكومة ، لأن جلدها أنقص زينة من غيره قهستانى عن الذخيرة (وفي الهاشمة عشرها وفي المنقلة عشر ونصف عشر وفي الآمة والجائفة ثلثها فإن نفذت الجائفة فثلثاها) لأنها إذا نفذت صارت جائفتين فيجب في كل ثلثها (وفي الحارصة والدامعة والدامية والباضعة والمتلاحمة والسمحاق حكومة عدل) إذ ليس فيه أرش مقدر من جهة السمع ، ولا يمكن إهدارها فوجب فيها حكومة عدل (وهي) أى حكومة العدل (أن ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية) قاله الكرخى : وصححه شيخ الإسلام (وقيل) قائله الطحاوى (يقوم) المشجوج (عبدا بلا هذا الأثر ثم معه فقدر التفاوت بين القيمتين)

الدماغ (قوله ولم يذكرها محمد) وكذا لم يذكر الحارصة لأنها لا يبقى لها أثر في الغالب وما لا أثر لها لا حكم لها إتقانى ولذا قال في غرر الأفكار كان على المصنف أن لا يذكرها لكنه تأسى بما في غالب الكتب (قوله للموت بعدها عادة) فإن عاش ففيها ثلث الدية غرر الأفكار (قوله نصف عشر الدية) إن كانت خطأ ، فلو عمدا فالقصاص كما يأتى ، وفي الكافى من المتفرقات شجه عشرين موضحة إن لم يتخلل البرء تجب دية كاملة في ثلاث سنين وإن تخلل البرء يجب كمال الدية في سنة واحدة ط (قوله أى لو غير أصلع) قال في الهندية : رجل أصلع ذهب شعره من كبر فشجه موضحة إنسان متعمدا قال محمد لا يقتص وعليه الأرش ، وإن قال الشاج رضيت أن يقتص منى ليس له ذلك وإن كان الشاج أيضا أصلع فعليه القصاص كذا في محيط السرخسى . وفي واقعات الناطفى : موضحة الأصلع أنقص من موضحة غيره فكان الأرش أنقص أيضا وفي الهاشمة يستويان وفي المنتقى شج رجلا أصلع موضحة خطأ فعليه أرش دون الموضحة في ماله ، وإن شجه هاشمة ففيها أرش دون أرش الهاشمة على عاقلته كذا في المحيط اهـ ط (قوله والجائفة) قالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس أو جوف البطن هداية . وعليه فذكرها مع الشجاج له وجه من حيث إنها قد تكون في الرأس ، لكن نظر فيه الإتقانى بما في مختصر الكرخى من أنها لا تكون في الرقبة ولا في الحلق ، ولا تكون إلا فيما يصل إلى الجوف من الصدر والظهر والبطن والجنبين وبما ذكره في الأصل من أنها لا تكون فوق الذقن ولا تحت العانة اهـ قال العينى : ولا تدخل الجائفة في العشرة إذ لا يطلق عليها الشجة وإنما ذكرت مع الآمة لاستوائهما في الحكم (قوله فيجب في كل ثلثها) أى ثلث الدية .

[تنبيه] قال الإتقانى : ينبغى لك أن تعرف أن ما كان أرشه نصف عشر الدية إلى ثلثها في الرجل والمرأة في الخطأ فهو على العاقلة في سنة ، لأن عمر رضى الله تعالى عنه قضى بالدية على العاقلة في ثلاث سنين ، فكل ما وجب به ثلثها فهو في سنة ، وإن زاد فالزيادة في سنة أخرى ، لأن الزيادة على الثلث من جملة ما يلزم العاقلة في السنة الثانية ، وكذلك إن انفردت ، وما زاد على الثلثين فالثلثان إلى سنتين والزائد في الثالثة وما كان دون نصف عشر الدية أو كان عمدا فهو في مال الجانى اهـ ملخصا أى لما سيأتى في كتاب المعاقل أن العاقلة لا تعقل العمد ، ولا ما دون أرش الموضحة (قوله حكومة عدل) أى في الخطأ كذا في العمد إن لم تقل بالقصاص على ما يأتى قريبا (قوله من جهة السمع) أى الدليل السمعى لما مر أن التقدير بالتوقيف (قوله من الموضحة) خصها لأنها أقل الشجاج الأربعة التى لها أرش مقدر : وهى المرادة من قول المحيط من أقل شجة لها أرش مقدر فافهم (قوله فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية) أى الذى هو أرش الموضحة .

بيانه : أن الشجة لو كانت باضعة مثلا فإنه ينظر كم مقدار الباضعة من الموضحة ، فإن كان ثلث الموضحة وجب ثلث أرش الموضحة وإن كان ربع الموضحة يجب ربع أرش الموضحة عناية (قوله وصححه شيخ الإسلام)

فى الحر (من الدية) وفى العبد من القيمة فإن نقص الحر عشر قيمته أخذ عشر ديته ، وكذا فى النصف والثلث (هو) أى هذا التفاوت (هى) أى حكومة العدل (به يفتى) كما فى الوقاية والنقاية والملتقى والدرر والخانية وغيرها وجزم به فى المجمع .

وفى الخلاصة : إنما يستقيم قول الكرخى لو الجناية في وجه ورأس فحينئذ يفتى به ولو فى غيرهما أو تعسر على المفتى يفتى بقول الطحاوى مطلقا لأنه أيسر انتهى ، ونحوه فى الجوهرة بزيادة وقيل تفسير الحكومة : هو مايحتاج إليه من النفقة ، وأجرة الطبيب والأدوية إلى أن يبرأ (ولا قصاص) فى جميع الشجاج (إلا فى الموضحة عمدا) وما لاقود فيه يستوى العمد والخطأ فيه ، لكن ظاهر المذهب وجوب القصاص فيما قبل الموضحة أيضا ذكره محمد فى الأصل ، وهو الأصح درر ومجتبى وابن الكمال وغيرها لإمكان المساواة ، بأن يسبر غورها بمسبار ثم يتخذ حديدة بقدره فيقطع واستثنى فى الشرنبلالية السمحاق فلا يقاد إجماعا كما لا قود فيما بعدها كالهاشمة والمنقلة بالإجماع وعزاه للجوهرة فليحفظ .

قال فى المجتبى : ولا قود فى جلد رأس وبدن ولحم خد وبطن وظهر

لحديث على رضى الله عنه . فإنه اعتبر حكومة العدل فى الذى قطع طرف لسانه بهذا الاعتبار ، ولم يعتبر بالعبد ولأن موضحة الحر الصغيرة والكبيرة سواء ، وفى العبد يجب فى الصغيرة أقل مما يجب فى الكبيرة معراج (قوله فى الحر) أى هو فى شجة الحر ، وهو متعلق بمحذوف حال ، وقوله من الدية أى يؤخذ منها ، وهو خبر المبتدإ فافهم (قوله وفى العبد من القيمة) أى وقدر التفاوت فى شجة العبد يؤخذ من قيمته لأن قيمته ديته (قوله فإن نقص الخ) مثاله إذا كانت قيمته من غير جراحة تبلغ ألفا ومع الجراحة تبلغ تسعمائة علم أن الجراحة أوجبت نقصان عشر قيمته فأوجبت عشر الدية لأن قيمة الحر ديته عناية (قوله به يفتى) وبه أخذ الحلوانى وبه قال الأئمة الثلاثة . قال ابن المنذر وهو قول كل من يحفظ عنه العلم معراج (قوله لو الجناية فى وجه ورأس) لأنهما موضع الموضحة جوهرة (قوله أو تعسر على المفتى) أى ما اعتبره الكرخى (قوله مطلقا) أى فى الوجه والرأس أو غيرهما ، وهذا الاطلاق بالنظر إلى قوله أو تعسر (قوله وقيل الخ) فى موضع جر بإضافة زيادة إليه . قال القهستانى بعده : وهذا كله إذا بقى للجراحة أثر وإلا فعندهما لا شئ عليه وعند محمد يلزمه قدر ما أنفق إلى أن يبرأ ، وعن أبى يوسف حكومة العدل فى الألم اهـ ويأتى تمامه آخر الفصل (قوله ولا قصاص فى جميع الشجاج) أى ما فوق الموضحة إجماعا وما دونها على الخلاف ط (قوله إلا فى الموضحة عمدا) أى إذا لم يختل به عضو آخر فلو شج موضحة عمدا فذهبت عيناه فلا قصاص عنده فتجب الدية فيهما ، وقالا فى الموضحة قصاص وفى البصردية شرح المجمع عن الكافى (قوله وجوب القصاص) أى فى العمد (قوله وهو الأصح) وفى الكافى هو الصحيح لظاهر قوله تعالى - والجروح قصاص - ويمكن اعتبار المساواة معراج وبه أخذ عامة المشايخ تاترخانية (قوله بأن يسبر غورها) السبر امتحان غور الجرح وغيره كالاستبار والغور القعر من كل شئ والسبار ككتاب والمسبار مايسبر به الجرح قاموس (قوله واستثنى فى الشرنبلالية السمحاق) حيث قال : إلا السمحاق فإنه لاقصاص فيه إجماعا لعدم المماثلة لأنه لا يقدر أن يشق حتى ينتهى إلى جلدة رقيقة فوق العظم اهـ .

أقول : لكنه مخالف لما ذكره عامة شراح الهداية وغيرهم فإنهم صرحوا بأن ظاهر الرواية وجوب القصاص فيما قبل الموضحة وهو ستة من الحارصة إلى السمحاق اهـ (قوله كالهاشمة والمنقلة) لأن فيهما كسر عظم فلا تمكن المساواة ، وكذا الآمة لغلبة الهلاك فيها ولا يخفى أن هذا عند عدم السراية (قوله وعزاه للجوهرة) وعزاه ط للبحر الزاخر (قوله ولا قود فى جلد رأس) لعله على غير ظاهر الرواية وكذا يقال فى لحم الخد أو يحمل فى الرأس

ولا فى لطمة ووكزة ووجاءة وفى سلخ جلد الوجه كمال الدية (وفى) كل أصابع اليد الواحدة نصف دية ولو مع الكف (لأنه تبع للأصابع) ومع نصف ساعد نصف دية (للكف) وحكومة عدل لنصف الساعد وكذا الساق (وفى) قطع (كف وفيها أصبع أو أصبعان عشرها أو خمسها) لف ونشر مرتب (ولاشىء في الكف) عند أبى حنيفة كما لو كان فى الكف ثلاث أصابع ، فإنه لاشىء فى الكف إجماعا ، إذ للأكثر حكم الكل .

وفى جواهر الفتاوى : ضرب يد رجل وبرئ إلا أنه لاتصل يده إلى قفاه فبقدر النقصان يؤخذ من جملة الدية إن نقص الثلثان فثلثا الدية وهكذا وأقره المصنف ، ولو قطع مفصلا من أصبع فشل الباقى أو قطع الأصابع فشل الكف لزم دية المقطوع فقط وسقط القصاص فافهمه

على السمحاق وأما جلد البدن ولحم البطن والظهر فقال فى الهندية : والجراحات التى هى فى غير الوجه والرأس فيها حكومة عدل إذا أوضحت العظم وكسرته إذا بقى لها أثر ، وإلا فعندهما لا شئ عليه وعند محمد يلزمه قيمة ما أنفق إلى أن يبرأ كذا فى محيط السرخسى اه ط (قوله ولا فى لطمة) اللطم ضرب الخد وصفحة الجسد بالكف مفتوحة ، والوكز الدفع والضرب بجمع الكف قاموس والوجء الضرب باليد وبالسكين قاموس قال ط :والمراد ضربه باليد لأن الوجء بالسكين داخل فى الجراحات فالثلاثة راجعة إلى الضرب باليد وما ذكره لا ينافى ثبوت التعزير (قوله وفى سلخ جلد الوجه كمال الدية) لأن فيه تفويت الجمال على الكمال (قوله نصف دية للكف) أى مع الأصابع (قوله وفيها أصبع) غير قيد لأنه إذا لم يبق من الأصبع إلا مفصل واحد ففى ظاهر الرواية عند أبى حنيفة يجب فيه أرش ذلك المفصل ويجعل الكف تبعا له ، لأن أرش ذلك المفصل مقدر ، وما بقى شئ من الأصل وإن قل فلا حكم للتبع .

ثم اعلم أنه إذا قطع الكف ولا أصابع فيها ، قال أبو يوسف فيها حكومة العدل ، ولا يبلغ بها أرش أصبع ، لأن الأصبع الواحدة تتبعها الكف على قول أبى حنيفة فلا تبلغ قيمة التبع قيمة المتبوع كفاية (قوله عند أبى حنيفة) وعندهما ينظر إلى أرش الكف والأصبع فيكون عليه الأكثر ، ويدخل القليل فى الكثير هداية (قوله فإنه لا شئ فى الكف) بل عليه للأصابع ثلاثة أعشار الدية (قوله إذ للأكثر حكم الكل) أى فى تبعية الكف للأصابع فكما يتبع الخمسة وهى الكل يتبع الثلاثة ، فلا يجب إلا دية الأصابع الثلاثة ، ولا شئ فى الكف لتبعيته لها وهذا التعليل فى الحقيقة إنما هو لقولهما أما عنده فالكف يتبع الأقل أيضا كما مر (قوله فبقدر النقصان) أى من قيمته لو فرض عبدا مع هذا العيب وبدونه على قياس ما مر تأمل (قوله فشل الباقى) أى من تلك الأصبع (قوله لزم دية المقطوع فقط) يعنى دية الأصبع بتمامها فى المسألة الأولى ودية الأصابع كلها فى الثانية ، ولا شئ فى الكف لأنه تبع كما مر وهذا معنى قوله فقط ، وليس المراد بالمقطوع فى الأولى المفصل فقط كما قد يتوهم لما ذكره العلامة الوانى عن الطحاوى والجامع الصغير البرهانى والقاضيخان أنه يجب دية الأصبع إذا شل الباقى من الأصبع ودية اليد إذا شلت اليد اه

وفى النهاية : إذا قطع من أصبع مفصل واحد فشل الباقى من الأصبع أو الكف لايجب القصاص ، ولكن تجب الدية فيما شل منه ، إن كان أصبعا فدية الأصبع ، وإن كان كفا فدية الكف ، وهذا بالإجماع اه ونحوه فى غاية البيان ، وهذا إذا لم ينتفع بما بقى وإلا ففيه حكومة عدل قال الزيلعى : قطع الأصبع من المفصل الأعلى فشل ما بقى منها يكتفى بأرش واحد إن لم ينتفع بما بقى ، وإن كان ينتفع به تجب دية المقطوع ، وتجب حكومة عدل فى الباقى بالإجماع ، وكذا إذا كسر نصف السن واسود ما بقى أو اصفر أو احمر تجب دية السن كله اه وذكر الشرنبلالى أن المراد بقول الزيلعى يكتفى بأرش واحد أرش أصبع بدليل قوله : وكذا إذا كسر السن الخ

وإن خالف الدرر ذكره الشرنبلالى وسيجىء متنا (وفى الأصبع الزائدة وعين الصبى وذكره ولسانه إن لم تعلم صحته ينظر) فى العين (وحركة) فى الذكر (وكلام) فى اللسان (حكومة عدل) فإن علمت الصحة فكبالغ فى خطأ أو عمد إذا ثبت ببينة أو بإقرار الجانى وإن أنكر أو قال لا أعرف صحته فحكومة العدل جوهرة (ودخل أرش موضحة أذهبت عقله أو شعر رأسه فى الدية) لدخول الجزء فى الكل كمن قطع أصبعا فشلت اليد (وإن ذهب سمعه أو بصره أو نطقه لا) تدخل لأنه كأعضاء مختلفة بخلاف العقل لعود نفعه للكل (ولا قود إن ذهبت عيناه بل الدية فيهما) خلافا لهما (ولا يقطع أصبع شل جاره) خلافا لهما (و) لا (أصبع قطع مفصله الأعلى فشل ما بقى) من الأصابع (بل دية المفصل والحكومة فيما بقى ولا) قود (بكسر نصف سن أسود)

(قوله وإن خالف الدرر) حيث قال : تجب دية المفصل فقط إن لم ينتفع بما بقى والحكومة فيما بقى إن انتفع به اه فإن الصواب أن يقول دية الأصبع وكأنه أوهمته عبارة الزيلعى المارة وقد علمت المراد بها فافهم (قوله وسيجىء) أى بعد أسطر (قوله وفى الأصبع الزائدة الخ) خبر المبتدإ الآتى وهو قوله حكومة عدل وإنما لم تجب الدية فى الأولى لعدم تعلق الجمال بها وفى البواقى ، لأن المقصود منها منافعها ، فإذا جهل وجود المنفعة لا تجب الدية الكاملة بالشك : قال الزيلعى : ولا يجب القصاص وإن كان للقاطع أصبع زائدة وتمامه فيه (قوله وحركة) أى للبول قهستانى (قوله وكلام فى اللسان) والاستهلال ليس بكلام وإنما هو مجرد صوت ، ومعرفة الصحة فيه بالكلام هداية وغيرها. وفى القهستانى: لو استهل ففيه الدية وقال محمد : إن فيه الحكومة كما فى الذخيرة (قوله فكبالغ) وكذا فى غير ما ذكر من الأنف واليد والرجل وغيرها كالبالغ فى القود بالعمد والدية بالخطأ قهستانى (قوله أو شعر رأسه) يعنى جميعه ، أما إذا تناثر بعضه أو شىء يسير منه فعليه أرش الموضحة ودخل فيه الشعر وذلك أن ينظر إلى أرش الموضحة وإلى الحكومة فى الشعر ، فإن كانا سواء يجب أرش الموضحة ، وإن كان أحدهما أكثر من الآخر دخل الأقل فى الأكثر وهذا إذا لم ينبت شعره ، أما إذا نبت ورجع كما كان لم يلزمه شىء جوهرة (قوله لدخول الجزء فى الكل) لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء، فصار كما إذا أوضحه ومات وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت سقط هداية ، ولم يدخل أرش الموضحة فى غير هذين جوهرة (قوله كمن قطع أصبعا الخ) فإن دية الأصبع تدخل فى دية اليد (قوله لا تدخل) فعليه أرش الموضحة مع الدية ، وهذا إذا لم يحصل من الجناية موت ، أما إذا حصل سقط الأرش ووجبت الدية فى ثلاث سنين فى ماله لو عمدا وعلى العاقلة لو خطأ كما فى الجوهرة (قوله لأنه كأعضاء مختلفة) أفرد الضمير للعطف بأو وفى بعض النسخ لأنها (قوله ولا قود) أى فى الشجة بأن شجه فذهبت عيناه بل الدية فيهما مع أرش الشجة (قوله خلافا لهما) فعندهما فى الموضحة القصاص وفى العينين الدية منح (قوله ولا يقطع أصبع شل جاره) بل يجب أرش كل واحد منهما كاملا منح والأصبع قد يذكر قاموس (قوله خلافا لهما) فعندهما عليه القصاص فى الأولى والأرش فى الأخرى جوهرة ؛ ولو قال المصنف ولا قود إن ذهب عيناه أو قطع أصبعا فشل جاره بل الدية فيهما خلافا لهما لكان أظهر (قوله من الأصابع) الأظهر قول الهداية من الأصبع (قوله بل دية المفصل والحكومة فيما بقى) كذا فى الهداية والكافى والملتقى ، وهو محمول على ما إذا كان ينتفع بما بقى كما قدمناه عن الزيلعى ، فلا ينافى ما قدمناه عن شروح الهداية وغيرها من وجوب دية الأصبع ، لكن حمله فى العزمية على أنه قول آخر ، واستبعد التوفيق بالانتفاع وعدمه بأن الشلل لا يفارقه عدم الانتفاع به لا محالة تأمل وأما عبارة الدرر فهى سهو كما تقدم التنبيه عليه فافهم : ولم يتعرض لذكر الخلاف هنا إشارة إلى أنهما لا يقولان بالقصاص هنا ، بخلاف ما مر

أو أصفر أو أحمر (باقيها بل كل دية السن) إذا فات منفعة المضغ وإلا فلو مما يرى حال التكلم فالدية أيضا وإلا فحكومة عدل زيلعي فقول الدرر وإلا فلاشيء فيه فيه مافيه ثم الأصل أن الجناية متى وقعت على محلين متباينين حقيقة فأرش أحدهما لايمنع قود الآخر ومتى وقعت على محل وأتلفت شيئين فأرش أحدهما يمنع القود (ويجب الأرش على من أقاد سنه) بعدمضي حول (ثم نبت) بعد ذلك لتبيين الخطأ حينئذ وسقط القود للشبهة وفى الملتقى ويستأنى فى اقتصاص السن والموضحة حولا وكذا لو ضرب سنه فتحركت لكن فى الخلاصة الكبير الذى لا يرجى نباته لايؤجل به يفتى *

قلت : وقد يوفق بما نقله المصنف وغيره عن النهاية الصحيح تأجيل البالغ ليبرأ لاسنة لأن نباته نادر (أو قلعها فردت) أى ردها صاحبها (إلى مكانها ونبت عليها اللحم) لعدم عود العروق كما كانت فى النهاية قال شيخ الإسلام إن عادت إلى حالتها الأولى فى المنفعة والجمال لاشيء عليه كما لو نبتت (وكذا الأذن) إذا ألصقها فالتحمت يجب الأرش لأنها لاتعود إلى ما كانت عليه درر (إلا إن قلعت) السن (فنبتت أخرى فإنه يسقط الأرش عنده كسن صغير)

لما فى التاترخانية أن أصحابنا اتفقوا فى العضو الواحد إذا قطع بعضه فشل باقيه أو شل ماهو تبع للمقطوع : أى كالكف أنه لاقصاص : واختلفوا فى عضوين ليس أحدهما تبعا للآخر اه أى كالأصبع وجاره فإنه لا قصاص فى الأصبع عنده خلافا لهما كما مر ، والمراد عضوان غير متباينين وإلا فأرش أحدهما لا يمنع قود الآخر عنده أيضا كما يأتى قريبا (قوله أو أصفر أو أحمر) أى أو دخله عيب بوجه ماحكى عن الكافى ط وماذكره فى الاصفرار هو المختار كما فى الدرر وبه جزم فى التبيين أولا ، لكن ذكر بعده بنحو ورقة فيما لو اصفرت بالضرب وجوب الحكومة ، لأن الصفرة لا توجب تفويت الجمال ولا المنفعة إلا أن كمال الجمال فى البياض اه . ولعلهم فرقوا بين الاصفرار بالكسر والاصفرار بالضرب تأمل (قوله وإلا فلو مما يرى الخ) عبارة الإمام محمد مطلقة قال فى الكفاية وغيرها : ويجب أن يكون الجواب فيها على التفصيل الخ (قوله فالدية أيضا) لأنه فوت جمالا ظاهراً على الكمال كفاية (قوله فيه مافيه) أجيب عنه بأن المعنى فلا شيء فيه مقدر فلا ينافى وجوب حكومة العدل ط (قوله متباينين حقيقة) كيد ورجل ط (قوله على محل) كموضحة أزالت عقله أو سمعه أو بصره أو نطقه ، وسواء كان المحل عضوا واحدا أو عضوين غير متباينين كأصبع شل جاره خلافا لهما فى العضوين كما مر (قوله ويجب الأرش) أى خمسمائة درهم هداية (قوله أقاد سنه) يقال أقاد القاتل بالقتيل إذا قتله به كما فى المغرب والقاموس ، فيتعدى إلى الأول بالهمزة وإلى الثانى بالباء وعليه فحقه أقاد بسنه تأمل (قوله ثم نبت) أى كله غير معوج كما سيأتى (قوله بعد مضى حول) أفاد أنه ليس له القود قبله كما يصرح به قوله بعد ذلك أى بعد الإقادة (قوله لتبين الخطأ) أى فى القصاص ، لأن الموجب له فساد المنبت ولم يفسد حيث نبت مكانها أخرى ، فانعدمت الجناية هداية (قوله للشبهة) أى شبهة وجوب القصاص قبل النبات ط (قوله ويستأنى) بسكون الهمزة وتخفيف النون أى ينتظر ، وينبغى للقاضى أن يأخذ من القالع ضمينا كما فى الكفاية (قوله وكذا) أى يستأنى حولا (قوله لكن فى الخلاصة) حيث قال : قلع سن بالغ لايؤجل سنة إنما ذلك فى الصبى ، ولكن ينتظر حتى يبرأ موضع السن ، أما إذا ضربه فتحرك ينتظر حولا وفى نسخة السرخسى يستأنى حولا فى الكبير الذى لايرجى نباته فى الكسر والقلع وبالأول يفتى اه ملخصا (قوله وقد يوفق الخ) أى بحمل ما فى الملتقى على الصغير وما فى الخلاصة على الكبير كما هو صريح عبارتها (قوله أو قلعها فردت) أى قبل القود ط (قوله لعدم عود العروق) علة لوجوب الأرش ط ، ووجوبه هنا على الجانى (قوله إن عادت) أى إن تصور عودها (قوله لأنها لا تعود) الظاهر جريان ما قاله شيخ الإسلام هنا أيضا تأمل (قوله فإنه يسقط الأرش) أى عن الجانى لانعدام الجناية معنى (قوله كسن صغير) فإنه لا يجب

خلافا لهما ولو نبتت معوجة فحكومة عدل ، ولو نبتت إلى النصف فعليه نصف الأرش ، ولا شيء في ظفر نبت كما كان (أو التحم شجه أو) التحم (جرح) حاصل ذلك (بضرب ولم يبق) له (أثر) فإنه لاشيء فيه. وقال أبو يوسف : عليه أرش الألم وهى حكومة عدل: وقال محمد: قدر ما لحقه من النفقة إلى أن يبرأ من أجرة الطبيب وثمن دواه. وفى شرح الطحاوى فسر قول أبي يوسف أرش الألم بأجرة الطبيب والمداواة فعليه لاخلاف بينهما قاله المصنف وغيره :

قلت : وقد قدمنا نحوه عن المجتبى وذكر هنا عنه روايتين فتنبه (ولا يقاد جرح إلا بعد برئه) خلافا للشافعى (وعمد الصبى والمجنون) والمعتوه (خطأ) بخلاف السكران والمغمى عليه

الأرش بالإجماع إذا نبتت ، لأنه لم تفت عليه منفعة ولا زينة هداية (قوله خلافا لهما) حيث قالا : عليه الأرش كاملا لتحقق الجناية والحادث نعمة مبتدأة من الله تعالى هداية (قوله فحكومة عدل) أى عند أبى حنيفة زيلعى ولو نبتت سوداء جعل كأنها لم تنبت تاترخانية (قوله ولا شيء فى ظفر الخ) فهو كالسن. بقى ما إذا لم ينبت قال فى الاختيار : وفى قلع الأظفار فلم تنبت حكومة عدل لأنه لم يرد فيها أرش مقدر اه وإن نبت الظفر على عيب فحكومة دون الأولى ظهيرية (قوله ولم يبق له أثر) فإن بقى له أثر ، فإن شجة لها أرش مقدر لزم وإلا فحكومة (قوله فإنه لا شيء فيه) أى عند الإمام كنبات السن . وفى البرجندى عن الخزانة والمختار قول أبى حنيفة در منتقى وعليه اعتمد المحبوبى والنسفى وغيرهما ، لكن قال فى العيون: لا يجب عليه شيء قياسا وقالا : يستحسن أن تجب حكومة عدل مثل أجرة الطبيب وهكذا كل جراحة برئت اه ملخصا من تصحيح العلامة قاسم :

قال السائحانى : ويظهر لى رجحان الاستحسان ، لأن حق الآدمى مبنى على المشاححة اه . وفى البزازية :لاشيء عليه عند محمد وهذا قياس قول الإمام أيضا ، وفى الاستحسان الحكومة وهو قول الثانى . قال الفقيه الفتوى على قول محمد أنه لاشيء عليه إلا ثمن الأدوية قال القاضى : أنا لا أترك قولهما وإن بقى أثر يجب أرش ذلك الأثر إن منقلة مثلا فأرش المنقلة اه قال الرملى : وتأمل مابينه وبين ماهنا من المخالفة فى سوق الخلاف ، وماهنا هو المذكور فى الزيلعى والعينى وغالب الشروح (قوله وهى حكومة عدل) أنث الضمير مراعاة للخبر (قوله قاله المصنف) وغيره كالزيلعى (قوله وقد قدمنا) أى فى باب القود فيما دون النفس نحوه أى نحو ماذكره الطحاوى (قوله وذكر هنا) أى صاحب المجتبى فى شرح هذه المسألة عنه : أى عن أبى يوسف روايتين حيث قال : وقال أبو يوسف : عليه أرش الألم وقال محمد : عليه أجرة الطبيب وثمن الأدوية وهو رواية عن أبى يوسف زجرا للسفيه وجبرا للضرر وإنما أوجب أبو يوسف أرش الألم وأراد به حكومة عدل ، وهو أن يقوّم عبدا صحيحا ويقوم بهذا الألم :

ثم قال قلت : فسر حكومة العدل عند أبى يوسف بأجرة الطبيب ، وهكذا رأيته فى غير موضع أنه أراد أجرة الطبيب وثمن الأدوية. وقال القدورى : إن أجرة الطبيب قول محمد (قوله فتنبه) أشار به إلى أن تفسير الطحاوى إنما يتأتى على إحدى روايتين عن أبى يوسف ط (قوله ولا يقاد جرح إلا بعد برئه) لما روى « أنه عليه الصلاة والسلام نهى أن يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه » رواه أحمد والدارقطنى ، ولأن الجراحات يعتبر فيها مآ لها لاحتمال أن تسرى إلى النفس فيظهر أنه قتل فلا يعلم أنه جرح إلا بالبرء فيستقر به زيلعى (قوله خطأ) أى فى حكم الخطأ فى وجوب المال (قوله بخلاف السكران والمغمى عليه) كذا فى القهستانى ، والظاهر أن المراد السكران بغير مباح زجرا له وإلا فالعمد لابد فيه من القصد والسكران بمباح لاقصد له ولا زجر عليه تأمل ، وكذا يقال فى المغمى فإنه لاقصد له كالنائم بل هو أشد ، وأيضا فالصبى له قصد بالجملة ، وقد جعل عمده خطأ فهذا أولى

(وعلى عاقلته الدية) إن بلغ نصف العشر فأكثر ولم يكن من العجم وإلا ففي ماله درر (ولا كفارة ولا حرمان إرث) خلافا للشافعي ولو جن بعد القتل قتل وقيل لا وتمامه فيما علقته على الملتقى .

(صبي ضرب سن صبي فانتزعها ينتظر بلوغ المضروب) إن بلغ ولم ينبت فعلى عاقلته الدية ولو من العجم ففي ماله درر وسنحققه في المعاقل .

[مهمة] حكومة العدل لا تتحملها العاقلة مطلقا على الصحيح كما في تنوير البصائر معزيا للتاتارخانية والله أعلم .

فصل في الجنين

(ضرب بطن امرأة حرة) حامل

فتأمل وراجع . وفي الأشباه : السكران من محرم مكلف ، وإن من مباح فلا فهو كالمغمى عليه (قوله وعلى عاقلته) الأولى عاقلتهما (قوله إن بلغ) الأولى بلغت (قوله نصف العشر) هو خمسمائة في الرجل ومائتان وخمسون في المرأة قهستاني (قوله وإلا ففي ماله) أي بأن لم تبلغ نصف العشر ، فإنه يسلك فيه مسلك الأموال زيلعي ، أو كان من العجم فإن المختار فيهم أنه لا عاقلة لهم كما سيأتي (قوله ولا كفارة) لأنهما لا ذنب لهما تستره وحرمان الإرث عقوبة وليسا من أهلها ، وأما حرمان الصبي المرتد من ميراث أبيه فلاختلاف الدين لا جزاء للردة (قوله وتمامه فيما علقته على الملتقى) حيث قال : وفيه إشعار بأنه لو جن بعد ما قتل قتل ، وهذا لو الجنون غير مطبق ، وإلا فيسقط القود كذا ذكره شيخ الإسلام ، وعنهما لا يقتل مطلقا إلا إذا قضى عليه بالقود . وفي المنتقى : لو جن قبل الدفع إلى ولي القتيل لم يقتل كما لو عته بعد القتل وفيه الدية في ماله قهستاني عن الظهيرية اه وتقدمت المسألة في فصل ما يوجب القود (قوله ينتظر بلوغ المضروب) الذي تحرر مما قدمناه في هذا الفصل أن المضروب لو كان بالغا يؤجل حتى يبرأ ، ولو كان صبيا يؤجل حولا ، وأما تأجيله إلى البلوغ فالظاهر أنه قول آخر أو أنه خاص بما إذا كان الضارب صبيا كالمضروب ، ولكنه يحتاج إلى الفرق بينه وبين ما إذا كان الضارب بالغا فليتأمل (قوله ولم ينبت) أما إذا نبت فلا شيء عليه كما تقدم ط (قوله وسنحققه في المعاقل) أي نحقق أن الدية في العجم من مال الجاني ط (قوله مطلقا) أي وإن كانت أكثر من أرش الموضحة ط (قوله كما في تنوير البصائر) عبارته مهمة حكومة العدل إن كانت دون أرش الموضحة أو مثل أرش الموضحة لا تتحمله العاقلة ، وإن كانت أكثر من ذلك بيقين فلا ، رواية عن أصحابنا رحمهم الله تعالى . وقد اختلف فيه المتأخرون قال شيخ الإسلام : الصحيح أنه لا تتحمله العاقلة كذا في التاترخانية اه ط والله تعالى أعلم .

فصل في الجنين

لما أنهى الكلام على أحكام الأجزاء الحقيقية عقبه بأحكام الجزء الحكمي وهو الجنين لكونه في حكم الجزء من الأم ، وهو فعيل بمعنى مفعول من جنه إذا ستره من باب طلب ، وهو الولد ما دام في الرحم ط ملخصا ويكفي استبانة بعض خلقه كظفر وشعر كما سيأتي متنا (قوله ضرب بطن امرأة) وكذا لو ضرب ظهرها أو جنبها أو رأسها أو عضوا من أعضائها فتأمل رملي ، ونحوه في أبي السعود عن التحريري ، وقال السائحاني : يؤخذ مما يأتي من قوله : أسقطته بدواء أو فعل أن البطن والضرب ليسا بقيد ، حتى لو ضرب رأسها أو عالجت فرجها ففيه الضمان كما صرحوا به اه .

خرج الأمة والبهيمة وسيجيء حكمهما :

قلت : بل الشرط حرية الجنين دون أمه كأمة علقت من سيدها أو من المغرور ففيه الغرة على العاقلة درر عن الزيلعي فالعجب من المصنف كيف لم يذكره (ولو) كانت (المرأة كتابية أو مجوسية) أو زوجته (فألقت جنينا ميتا) حرا (وجب) على العاقلة (غرة) غرة الشهر أوله وهذه أول مقادير الدية (نصف عشر الدية) أى دية الرجل لو كان الجنين ذكرا وعشر دية المرأة لو أنثى وكل منهما خمسمائة درهم (فى سنة) وقال الشافعى : فى ثلاث سنين كالدية : وقال مالك : فى ماله ولنا فعله عليه الصلاة والسلام (فإن ألقته حيا فمات فدية كاملة

وقال فى الخيرية : وقد أفتى والد شيخنا أمين الدين بن عبد العال إذا صاح على امرأة فألقت جنينا لا يضمن وإذا خوفها بالضرب يضمن :

وأقول : وجه الفرق أن في موتها بالتخويف وهو فعل صادر منه لسبب إليه وبالصياح موتها بالخوف الصادر منها وصرحوا أنه لو صاح على كبير فمات لا يضمن ، وأنه لو صاح عليه فجأة فمات منها تجب الدية :

وأقول : لا مخالفة لأنه في الأول مات بالخوف المنسوب إليه ، وفى الثانى بالصيحة فجأة المنسوبة إلى الصائح والقول للفاعل أنه مات من الخوف ، وعلى الأولياء البينة أنه من التخويف. وعلى هذا فلو صاح على المرأة فجأة فألقت من صيحته يضمن ولو ألقت امرأة غيرها لا يضمن لعدم تعديه عليها فتأمله فإنه تحرير جيد اهـ ملخصا (قوله خرج الأمة والبهيمة) فيه لف ونشر مشوش (قوله وسيجيء حكمهما) أى فى هذا الفصل (قوله أو من المغرور) كما لو تزوجها على أنها حرة أو شراها فاستحقت وقد علقت منه (قوله فالعجب من المصنف كيف لم يذكره) أى مع شدة متابعته للدرر ، فكان عليه أن يسقط التقييد بالحرية أولا ويذكره بعد قوله فألقت جنينا ميتا كما فعل الشارح ، أو يقول : ضرب بطن امرأة حامل بحر لئلا يوهم أن حرية الأم شرط (قوله غرة الشهر أوله الخ) بيان لوجه التسمية (قوله وهذه أول مقادير الدية) فإن أقل أرش مقدر نصف العشر كما مر فى الشجاج (قوله أى دية الرجل الخ) يعنى أن المراد من الدية فى كلام المصنف دية الرجل ونصف عشرها هو خمسمائة درهم وذلك هو غرة الجنين ذكرا أو أنثى ، لأن غرة الجنين الأنثى عشر دية المرأة وذلك خمسمائة أيضا ، لأن دية المرأة نصف دية الرجل :

وحاصله : أنه لا فرق بين غرة الذكر والأنثى ولهذا لم يبين المصنف أنه ذكر أو أنثى (قوله فى سنة) أى على العاقلة كما سيصرح به وهذا فى جنين الحرة ، أما الأمة ففى مال الضارب حالا كما سيأتى (قوله ولنا فعله عليه الصلاة والسلام) وهو ما روى عن محمد بن الحسن أنه قال « بلغنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالغرة على العاقلة فى سنة » زيلعى :

واعلم أن وجوب الغرة مخالف للقياس : روى أن سائلا قال لزفر : لا يخلو من أنه مات بالضرب ففيه دية كاملة ، أو لم ينفخ فيه الروح فلا شيء فيه فسكت زفر فقال له السائل : أعتقتك سائبة فجاء زفر إلى أبى يوسف فقال التعبد التعبد : أى ثابت بالسنة من غير أن يدرك بالعقل عناية ملخصا (قوله فإن ألقته حيا) تثبت حياته بكل ما يدل على الحياة من الاستهلال ، والرضاع ، والنفس ، والعطاس وغير ذلك : أما لو تحرك عضو منه فلا ، لأنه قد يكون من اختلاج أو من خروج من ضيق اهـ ط عن المكى (قوله فدية كاملة) أى وكفارة كما فى الاختيار وسيأتى لأنه شبه عمد أو خطأ والدية على العاقلة هنا أيضا ، وبه صرح فى الجوهرة والاختيار ، فقول المصنف فى المنح : على الضارب على حذف مضاف ، أو مبنى على الصحيح من أن الوجوب على الضارب أولا ، ثم تتحمله

وإن ألقته ميتا فماتت الأم فدية) فى الأم (وغرة) في الجنين لما تقرر أن الفعل يتعدد بتعدد أثره وصرح فى الذخيرة بتعدد الغرة لو ميتين فأكثر اه .

قلت : وظاهره تعدد الدية ولم أره فليراجع (وإن ماتت فألقته ميتا فدية فقط) وقال الشافعي : غرة ودية (وإن ألقته حيا بعد ما ماتت يجب عليه ديتان كما إذا ألقته حيا وماتا ومايجب فيه) من غرة أو دية (يورث عنه وترث) منه (أمه ولا يرث ضاربه) منها(فلو ضرب بطن امرأته فألقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الأب غرة ولا يرث منها) لأنه قاتل (وفى جنين الأمة) الرقيق الذكر (نصف عشر قيمته لو حيا وعشر قيمته لو أنثى) لما تقرر أن دية الرقيق قيمته ولا يلزم زيادة الأنثى لزيادة قيمة الذكر غالبا وفيه إشارة إلى أنه إذا لم يمكن الوقوف على كونه ذكرا أو أنثى فلا شيء عليه كما إذا ألقى بلا رأس لأنه إنما تجب القيمة إذا نفخ فيه الروح ولا تنفخ من غير رأس ذخيرة (فى مال الضارب) للأمة (حالا) ولو ألقته حيا وقد نقصتها الولادة فعليه قيمة الجنين لانقصانها لو بقيمته

عنه العاقلة كما قدمناه فى فصل الفعلين ، ولذا لم يقل فى ماله تأمل (قوله وإن ألقته ميتا فماتت الأم الخ) بيان لموت كل منهما وهو أربع صور ، لأن خروجه إما فى حال حياة الأم فقط أو حال موتهما أو موتها فقط أو حياتهما (قوله لما تقرر الخ) كما إذا رمى فأصاب شخصا ونفذ منه إلى آخر فقتله فإنه يجب عليه ديتان إن كانا خطأ وإن كان الأول عمداً يجب القصاص والدية زيلعى (قوله وظاهره تعددالدية) أى لو ألقتهما حيين فماتا (قوله ولم أره فليراجع) أقول : صرح به فى الجوهرة والدرر ، وقال الرملي : وفى شرح الطحاوى : ولو ألقت جنينين تجب غرتان ، وإن أحدهما حيا فمات والآخر ميتا فغرة ودية ، وإن ماتت الأم ثم خرجا ميتين تجب دية الأم وحدها إلا إذا خرجا حيين فماتا فثلاث ديات وعلى هذا يقاس ، وإن خرج أحدهما قبل موت الأم والآخر بعد موتها وهما ميتان ففى الذى خرج قبل الغرة ولا شئ فى الذى خرج بعد ، والذى خرج قبل موت أمه لا يرث من دية أمه شيئا وترث الأم منه ، والآخر لا يرث من أحد ، ولا يورث عنه إلا إذا خرج حيا ثم مات ففيه الدية كاملة ، ويرثها ورثته كذا فى التاترخانية مختصرا اه (قوله فدية فقط) لأن موت الأم سبب لموته ظاهرا إذ حياته بحياتها وتنفسه بتنفسها فيتحقق موته بموتها ، فلا يكون فى معنى ما ورد به النص إذ الاحتمال فيه أقل فلا يضمن بالشك زيلعى (قوله ولا يرث ضاربه منها) أى ولا من غيرها لأنه قاتل مباشرة (قوله وفى جنين الأمة) أى الذى ألقته ميتا كما هو موضوع المسألة ، قوله لو حيا راجع إلى قيمته : أى قيمته لو فرض حيا ، أما لو ألقته حيا ثم مات من ضربه ففيه القيمة بتمامها كما سيشير إليه الشارح ، وقوله : الرقيق احتراز عما إذا كان من مولاها أو من المغرور فإنه حر ، وفيه الغرة على العاقلة كما قدمه ، وقوله لو أنثى مقابل قوله الذكر لا قوله لو حيا (قوله ولا يلزم زيادة الأنثى) أى فيما إذا كانت قيمتها أكثر من قيمة الغلام لأنه نادر والغالب زيادة قيمة الذكر .

أقول : وفيه نظر . وقد يقال : لا محذور فى اللزوم المذكور ، لأن اعتبار زيادة الذكر على الأنثى إنما هو فى الأحرار لشرف الحرية ، لا في الأرقاء لأنهم كالمتاع ولذا لم تقدر لهم دية (قوله فلا شيء عليه) تبع فيه القهستانى . والذى فى الكفاية والعناية وغيرهما أنه يؤخذ بالمتيقن كقتل عبد خنثى خطأ ، ولو ضاع الجنين ووقع النزاع فى قيمته باعتبار لونه وهيئته على تقدير حياته فالقول للضارب لإنكاره الزيادة (قوله كما إذا ألقى بلا رأس) تنظير لا تمثيل .

أقول : وسيأتى أن ما استبان بعض خلقه كتام الخلقة ولعل المراد بعد استبانة الرأس إذ لا حياة بدونه بخلاف غيره من الأعضاء تأمل (قوله فى مال الضارب) لأن العاقلة لا تعقل الرقيق اختيار تأمل ، وقوله للأمة كذا فى بعض

وفاء به ، وإلا فعليه إتمام ذلك مجتبى :

وقال أبو يوسف : فيه نقصانها كالبهيمة. وقال الشافعي : فيه عشر قيمة الأم صدر الشريعة ولا يخفى أنها للمولى (فإن حرره) أى الجنين (سيده بعد ضربه) ضرب بطن الأمة (فألقته) حيا (فمات ففيه قيمته حيا) للمولى لا ديته وإن مات بعد العتق لأن المعتبر حالة الضرب ، وعند الثلاثة تجب دية وهو رواية عنا :

(ولا كفارة فى الجنين) عندنا وجوبا بل ندبا زيلعى (إن وقع ميتا وإن خرج حيا ثم مات ففيه الكفارة) كذا صرح به في الحاوى القدسى وهو مفهوم من كلامهم لتصريحهم بوجوب الدية حينئذ فتجب الكفارة فيه كما لا يخفى فليحفظ (وما استبان بعض خلقه) كظفر وشعر (كتام فيما ذكر) من الأحكام وعدة ونفاس كما مر فى بابه (وضمن الغرة عاقلة امرأة) حرة فى سنة واحدة وإن لم تكن لها عاقلة ففى مالها فى سنة أيضا صدرالشريعة ولا تأثم ما لم يستبن بعض خلقه ومر فى الحظر نظما .

النسيخ وهو متعلق بالضارب . قال ط : وهذا حكم الجنين ، وأما إذا ماتت الأم قال فى الهندية عن الذخيرة قال أبو حنيفة : على الضارب قيمة الأم فى ثلاث سنين اه فليتأمل اه.

أقول : والحاصل أن الجنين كعضو منها ، وسيأتى آخر المعاقل أن الحر إذا جنى على نفس عبد خطأ فهى على عاقلته إذا قتله لأن العاقلة لا تتحمل أطراف العبد (قوله به) أى بنقصان الولادة (قوله وإلا) بأن انتقصت عشرة مثلا وقيمة الجنين خمسة فعليه عشرة (قوله وقال أبو يوسف الخ) هذا غير ظاهر الرواية عن أبى يوسف قال فى المبسوط : ثم وجوب البدل فى جنين الأمة قول أبى حنيفة ومحمد ، وهو الظاهر من قول أبى يوسف وعنه فى رواية أنه لا يجب إلا انقصان الأم إن تمكن فيها نقص ، وإن لم يتمكن لا يجب شىء عناية (قوله بعد ضربه) فلو حرره قبله وله أب حر ففيه الغرة للأب دون المولى تاترخالية (قوله ضرب بطن الأمة) بدل من قوله ضربه وأشار إلى أن المصدر مضاف لمفعوله ، ويجوز عود الضمير إلى الجنين ، فيتحد مرجع الضمائر تأمل (قوله للمولى) قال أبو الليث : لم يذكر محمد أنها للمولى أو لورثة الجنين ، فيجوز أن يقال إنها للمولى لاستناد الضمائر إلى الضرب ووقت الضرب كان مملوكا إتقانى ملخصا وذكر فى التاترخالية اختلاف المشايخ فيه : فقيل لورثته وقيل للجنين (قوله لأن المعتبر حالة الضرب) لأنه قتله بالضرب السابق ، وقد كان فى حالة الرق ، فلهذا تجب القيمة دون الدية وتجب قيمته حيا ، لأنه صار قاتلا إياه وهو حى فنظرنا إلى حالتى السبب والتلف هداية يعنى أوجبنا القيمة دون الدية اعتباراً بحالة الضرب ، وأوجبنا قيمته حيا لا مشكوكا فى حياته باعتبار حالة التلف إذ لو اعتبر حالة الضرب فقط جاز أن لا يكون حيا فلا تجب قيمته بل تجب الغرة كفاية ملخصا (قوله ففيه الكفارة) لأنه أتلف آدميا خطأ أو شبه عمد (قوله كذا صرح به فى الحاوى القدسى) أقول : وكذا صرح به فى الاختيار كما قدمناه عنه ، وسيذكره الشارح عن الواقعات (قوله وهو مفهوم الخ) فيه اعتذار عن عدم التصريح بالتفصيل فى كثير من الكتب حيث أطلقوا قولهم ولا كفارة فى الجنين (قوله وما استبان بعض خلقه الخ) تقدم فى باب الحيض أنه لا يستبين خلقه إلا بعد مائة وعشرين يوما ، وظاهر ما قدمه عن الذخيرة أنه لا بد من وجود الرأس ، وفى الشمنى : ولو ألقت مضغة ولم يتبين شىء من خلقه فشهدت ثقات من القوابل أنه مبدأ خلق آدمى ولو بقى لتصور فلا غرة فيه وتجب فيه عندنا حكومة اه (قوله وعدة ونفاس) أى تنقضى به العدة وتصير به أمه نفساء (قوله ففى مالها) أى فى رواية وعلى عاقلتها فى رواية وهو المختار جامع الفصولين : أى لما سيأتى آخر المعاقل أن من لا عاقلة له فالدية فى بيت المال فى ظاهر الرواية ، وعليه الفتوى ، وإن رواية وجوبها فى ماله شاذة ويأتى تمامه هناك إن شاء الله تعالى (قوله ولا تأثم) الأنسب فى التعبير وأثمت لأن الكلام عند وجوب الغرة وهي لا تجب إلا باستبانة بعض الخلق ، ثم يقول : ولو لم يستبن بعض خلقه فلا إثم ط :

(أسقطته ميتا) عمدا (بدواء أو فعل) كضربها بطنها (بلا إذن زوجها فإن أذن) أو لم يتعمد (لا) غرة لعدم التعدى ، ولو أمرت امرأة ففعلت لاتضمن المأمورة ، وأما أم الولد إذا فعلته بنفسها حتى أسقطته فلا شيء عليها لاستحالة الدين على مملوكه ما لم تستحق فحينئذ تجب للمولى الغرة لأنه مغرور: وفى الواقعات : شربت دواء لتسقطه عمدا فإن ألقته حيا فمات فعليها الدية والكفارة ، وإن ميتا فالغرة ولا ترث فى الحالين

وفى الخانية قالوا إن لم يستبن شيء من خلقه لا تأثم قال رضى الله عنه : ولا أقول به إذ المحرم إذا كسر بيض الصيد يضمن لأنه أصل الصيد فلما كان مؤاخذا بالجزاء ثمة فلا أقل من أن يلحقها إثم هنا إذا أسقطت بلا عذر إلا أنها لا تأثم إثم القتل اه ولا يخفى أنها تأثم إثم القتل لو استبان خلقه ومات بفعلها (قوله أسقطته عمدا) كذا قيد به فى الكفاية وغيرها قال فى الشرنبلالية وإلا فلا شيء عليها وفى حق غيرها لا يشترط قصد إسقاط الولد كما فى الخالية اه (قوله كضربها بطنها) وكما إذا عالجت فرجها حتى أسقطت كفاية أوحملت حملا ثقيلا تاترخانية أى على قصد إسقاطه كما علم مما مر (قوله فإن أذن لا) ذكره الزيلعى وصاحب الكافى وغيرهما :

وقال فى الشرنبلالية : أقول هذا يتمشى على الرواية الضعيفة لاعلى الصحيح لما قال فى الكافى قال لغيره : اقتلنى فقتله تجب الدية فى ماله فى الصحيح ، لأن الإباحة لا تجرى فى النفوس وسقط القصاص للشبهة ، وفى رواية لايجب شيء لأن نفسه حقه ، وقد أذن باتلاف حقه انتهى ، فكذا الغرة أودية الجنين حقه غير أن الإباحة منتفية ، فلا تسقط الغرة عن عاقلة المرأة بمجرد أمر زوجها بإتلاف الجنين ، لأن أمرها لا ينزل عن فعله ، فإنه إذا ضرب امرأته فألقت جنينا لزم عاقلته الغرة ولا يرث منها ، فلو نظرنا لكون الغرة حقه لم يجب بضربه شيء ، لكن لما كان الآدمى لا يملك أحد إهدار آدميته لزم ما قدره الشارع بإتلافه ، واستحقه غير الجانى اه ملخصا:

أقول : وفيه نظر لما صرحوا به من أن الجنين لم يعتبر نفسا عندنا لعدم تحقق آدميته ، وأنه اعتبر جزءا من أمه من وجه ولذا لا تجب فيه القيمة أو الدية كاملة ولا الكفارة ما لم تتحقق حياته ، وقدمنا أن وجـوب الغرة تعبدى فلا يصح إلحاقه بالنفس المحققة حتى يقال : إن الإباحة لا تجرى فى النفوس ، فلا يلزم من تصحيح الضمان فى الفرع المار تصحيحه فى هذا ، وتقدم أول الجنايات أنه لو قال اقطع يدى أو رجلى لا شيء فيه وإن سرى لنفسه ، لأن الأطراف كالأموال فصح الأمر ، فإلحاقه بهذا الفرع أولى ، لأنه إذا لم يكن هو الضارب فالحق له وقد رضى بإتلاف حقه ، بخلاف ما إذا كان هو الضارب فإنها حق غيره ولذا لايرث منها هذاما ظهر لفهمى القاصر فتأمله (قوله ولو أمرت امرأة) أى أمرت الزوجة غيرها ، والظاهر أن عدم الضمان بعد أن أذن لهـا زوجها فى الإسقاط على ما يدل عليه سوق كلام صاحب الخلاصة ، وإلا فمجرد أمر الأم لا يكون سببا لسقوط حق الأب وهو ظاهر اه وانى، لكن ذكر عزمى أن نفى الضمان عن المأمورة لايلزم منه نفيه عن الآمرة إذا لم يأذن لها زوجها وقد اعترض الشرنبلالى هنا بنظير ما مر وعلمت ما فيه فتدبر (قوله لاستحالة الدين) أى لاستحالة وجوب دين وهو الغرة للمولى على مملوكه ط (قوله ما لم تستحق الخ) قال فى الزيادات : اشترى أمة وقبضها وحبلت منه ثم ضربت بطنها عمداً فأسقطته ميتا ، ثم استحقها رجل بالبينة وقضى له بهـا أو بعقرها على المشترى يقال للمستحق إنها قتلت ولدها الحر ، لأن ولد المغرور حر بالقيمة والجنين الحر مضمون بالغرة فادفع أمتك أوافدها بغرته تاترخانية:

ثم قال فى جامع الفصولين : أقول : إذا أخذ الغرة ينبغى أن يجوز للمستحق أن يطالبه بقيمة الجنين إذ قيام البدل كقيام المبدل اه لكن سلم له الغرة فيغرم بحسابها وتمامه فى ط عن الهنديـة (قوله للمولى) أى المستولد (قوله فعليها الدية والكفارة) أى ولو بإذن الزوج لتحقق الجناية على نفس حية فلا تجرى فيها الإباحة ، بخلاف

(ويجب فى جنين البهيمة ما نقصت الأم) إن نقصت (وإن لم تنقص) الأم (لا يجب) فيه (شىء) سراجية :

[فرع] فى البزازية : ضرب بطن امرأته بالسيف فقطع البطن ووقع أحد الولدين حيا مجروحا بالسيف والآخر ميتا وبه جراحة السيف وماتت أيضا يقتص لأجل الزوجة لأنه عمد وعلى عاقلته دية الولد الحى إذا مات ، وتجب غرة الولد الميت ، لأنه لما ضرب ولم يعلم بالولدين فى بطنها كان الضرب خطأ :

باب ما يحدثه الرجل فى الطريق وغيره

لما ذكر القتل مباشرة شرع فيه تسببا فقال (أخرج إلى طريق العامة كنيفا) هو بيت الخلاء (أو ميزابا أو جرصنا كبرج وجذع وممر علو وحوض طاقة ونحوها عينى أو دكانا جاز) إحداثه (إن لم يضر بالعامة) ولم يمنع منه ، فإن ضر لم يحل كما سيجىء (ولكل أحد من أهل الخصومة) ولو ذميا (منعه) ابتداء (ومطالبته بنقضه)

ما إذا ألقته ميتا فتسقط الغرة عنها لو بإذنه كما مر تأمل (قوله ويجب فى جنين البهيمة الخ) هذا إذا ألقته ميتا ، أما إذا ألقته حيا فمات من الضرب تجب قيمته فى ماله حالة ولا يجبر بها نقصان الأم كما يجبر نقصان الأمة بقيمة جنينها ، لأنه مال أتلفه فيضمنه مع نقصان الأم تأمل رملى (قوله ووقع أحد الولدين حيا الخ) أى ثم مات (قوله وماتت أيضا) أى ثم ماتت الأم أيضا كما عبر فى التاترخانية فأفاد أن موتها بعد موت الذى وقع حيا إذ لو ماتت قبله لورث القصاص على أبيه فيسقط كما قاله المحشى الحلبى (قوله وتجب غرة الولد الميت) لو أسقط تجب وعطف الغرة على الدية لكان أولى ، ليفيد أنها على العاقلة أيضا وإنما لم تجب فيه الدية أيضا لعدم التحقق بحياته كما مر (قوله لأنه لما ضرب الخ) تعليل لوجوب الدية على عاقلته لا فى ماله ، إذ لو كان الضرب بالنسبة للولد عمداً لم تجب على العاقلة ، ومقتضاه لو علم بالولدين وقصد ضربهما أيضا أنه تجب دية الحى فى ماله فى ثلاث سنين لسقوط القصاص بشبهة الأبوة ، أما لو علم بهما ولم يقصد ضربهما بل قصد ضرب الأم فقط لا تجب دية الحى فى ماله كمن قصد رمى شخص فنفذ منه السهم إلى آخر تأمل ، والله تعالى أعلم :

باب ما يحدثه الرجل فى الطريق وغيره

(قوله إلى طريق العامة) أى النافذة الواقعة فى الأمصار والقرى دون الطريق فى المفاوز والصحارى لأنه يمكن العدول عنها غالبا كما فى الزاهدى ، وطريق العامة مالا يحصى قومه ، أوما تركه للمرور قوم بنوا دورا فى أرض غير مملوكة فهى باقية على ملك العامة وهذا مختار شيخ الإسلام والأول مختار الإمام الحلوانى كما فى العمادى قهستانى (قوله أو جرصنا) بضم الجيم وسكون الراء وضم الصاد المهملة وهو دخيل أى ليس بعربى أصلى فقد اختلف فيه فقيل البرج وقيل مجرى ماء يركب فى الحائط : وعن الإمام البزدوى جذع يخرجه الإنسان من الحائط ليبنى عليه مغرب: قال العينى : وقيل هو الممر على العلو وهو مثل الرف ، وقيل هو الخشبة الموضوعة على جدار السطحين ليتمكن من المرور وقيل هو الذى يعمل قدام الطاقة لتوضع عليه كيزان ونحوها اﻫ (قوله كبرج الخ) حكاية للأقوال المارة فى تفسير الجرصن (قوله ونحوها) هو فى عبارة العينى بمعنى نحو الكيزان (قوله أو دكانا) هو الموضع المرتفع مثل المصطبة عينى (قوله فإن ضر لم يحل) كان عليه أن يقول فإن ضر أو منع لم يحل اﻫ. وفى القهستانى : ويحل له الانتفاع بها وإن منع عنه كما فى الكرمانى: وقال الطحاوى : إنه لو منع عنه لا يباح له الإحداث ويأثم بالانتفاع والترك كما فى الذخيرة (قوله من أهل الخصومة) هو الحر البالغ العاقل بخلاف العبيد والصبيان المحجورين وأفاد فى الدرر المنتقى أن لهم ذلك بالإذن (قوله ولو ذميا) لأن له حقا فى الطريق كفاية. وعبارة التاترخانية : ويدخل

ورفعه (بعده) أى بعد البناء ، سواء كان فيه ضرر أولا وقيل إنما ينقص بخصومته إذا لم يكن له مثل ذلك وإلا كان تعنتا زيلعى (هذا) كله (إذا بنى لنفسه بغير إذن الإمام) زاد الصفار ولم يكن للمطالب مثله (وإن بنى للمسلمين كمسجد ونحوه) أو بنى بإذن الإمام (لا) ينقض (وإن كان يضر بالعامة لا يجوز إحداثه) لقوله عليه الصلاة والسلام « لا ضرر ولا ضرار فى الإسلام » (والقعود فى الطريق لبيع وشراء) يجوز إن لم يضر بأحد وإلا لا (على هذا التفصيل) السابق وهذا فى النافذ (وفى غير النافذ لا يجوز أن يتصرف بإحداث مطلقا) أضر بهم أولا

فيه الكافر خصوصا إذا كان ذميا اه فتنبه (قوله سواء كان فيه ضرر أولا) هذا هو الصحيح من مذهب الإمام وقال محمد : له المنع لا الرفع وقال أبو يوسف لا ولا ، وهذا إذا علم إحداثه فلو لم يعلم جعل حديثا فللإمام نقضه وعن أبى يوسف إنما ينقضه إن ضربهم در منتقى (قوله وقيل الخ) قائله إسمعيل الصفار كما فى الزيلعى (قوله وإلا كان تعنتا) لأنه لو أراد إزالة الضرر عن الناس لبدأ بنفسه كفاية (قوله بغير إذن الإمام) فإن أذن فليس لأحد أن يلزمه وأن ينازعه ، لكن لا ينبغى للإمام أن يأذن به إذا ضر بالناس بأن كان الطريق ضيقا ، ولو رأى المصلحة مع ذلك وأذن جاز اه حموى عن مسكين وفى الشمنى أنه مع الضرر لا يجوز بلا خلاف أذن الإمام أو لم يأذن اه ط ولعل المراد يأثم به ، وإن لم يكن لأحد منازعته ، لأن منازعة ما يوضع بإذن الإمام افتيات على الإمام ، فلا يخالف ماقبله تأمل (قوله زاد الصفار الخ) هو القيل المتقدم المفصل ، فلا وجه لإعادته وظاهر كلامهم اعتماد الإطلاق لحكايتهم ، هذا القول منسوبا إلى الصفار بعد حكاية الحكم أولا مطلقا ، فكأنه قول الجميع ، والوجه : أن النهى عن المنكر لا يتقيد بكون الناهى متباعدا عن هذا المنكر كما سبق فى الحظر ط .

أقول : هذا الوجه إنما يظهر لو كان فيه ضرر لأنه حينئذ منكر فتدبر (قوله وإن بنى للمسلمين) أى ولم يضر بهم كما فى الكفاية والقهستانى (قوله أو بنى بإذن الإمام) ظاهره أنه لو بنى بإذنه ، فليس لأحد منازعته ، وإن ضر وقدمناه صريحا عن مسكين ، ويدل عليه ماسيأتى من عدم الضمان لو بإذن الإمام ، وفى الكفاية وغيرها قال أبو حنيفة : لكل أحد من عرض الناس أن يمنعه من الوضع ، وأن يكلفه الرفع بعد الوضع ، سواء كان فيه ضرر أولا إذا وضع بغير إذن الإمام ، لأن التدبير فيما يكون للعامة إلى الإمام لتسكين الفتنة فالذى وضع بغير إذنه يفتات على رأى الإمام فيه فلكل أحد أن ينكره عليه اه والافتيات السبق صحاح فافهم (قوله وإن كان يضر) مقابل قوله جاز إن لم يضر (قوله ضرر ولا ضرار) أى لا يضر الرجل أخاه ابتداء ولا جزاء لأن الضرر بمعنى الضر ويكون من واحد والضرار من اثنين بمعنى المضارة ، وهو أن تضر من ضرك مغرب ، والضرر فى الجزاء هو أن يتعدى المجازى عن قدر حقه فى القصاص وغيره كفاية (قوله والقعود) وكذا الغرس قهستانى (قوله يجوز إن لم يضر بأحد) الأنسب فى التعبير أن يضع هذه الجملة بعد قوله على هذا التفصيل ط (قوله وفى غير النافذ الخ) المراد بغير النافذة المملوكة ، وليس ذلك بعلة الملك فقد تنفذ : وهى مملوكة وقد يسد منفذها : وهى للعامة لكن ذلك دليل على الملك غالبا فأقيم مقامه ووجب العمل به حتى يدل الدليل على خلافه كفاية عن الجامع الصغير لفخر الإسلام (قوله لا يجوز أن يتصرف بإحداث) أقول فى الخانية قال أبو حنيفة : الطريق لو كان غير نافذ فلأصحابه أن يضعوا فيه الخشبة ، ويربطوا فيه الدواب ، ويتوضئوا فيه فلو عطب أحد لا يضمن ، وإن بنى أو حفر بئرا ضمن اه .

وفى جامع الفصولين : أراد أن يتخذ طينا فيه فلو ترك من الطريق قدر المرور ، ويتخذ فى الأحايين مرة ويرفعه سريعا فله ذلك ، ولكل إمساك الدواب على باب داره ، لأن السكة التى لا تنفذ كدار مشتركة ، ولكل من الشركاء أن يسكن فى بعض الدار لا أن يبنى فيها وإمساك الدواب فى بلادنا من السكنى اه .

(إلا بإذنهم) لأنه كالملك الخاص بهم ثم الأصل فيما جهل حاله أن يجعل حديثا لو في طريق العامة وقديما لو في طريق الخاصة برجندي (فإن مات أحد) من الناس (بسقوطها عليه فديته على عاقلته) أي عاقلة المخرج لتسببه (كما تدى العاقلة .

(لو حفر بئرا في طريق أو وضع حجرا) أو ترابا أو طينا ملتقى (فتلف به إنسان) لأنه سبب (فإن تلف به) أي بواحد من المذكورات (بهيمة ضمن) في ماله (إن لم يأذن به الإمام فإن أذن) الإمام (في ذلك أو مات واقع في بئر طريق جوعا أو عطشا أو غما لا) ضمان به يفتى خلاصة خلافا لمحمد (ولو سقط الميزاب فأصاب ما كان في الداخل رجلا فقتله فلا ضمان) أصلا لكونه في ملكه فلم يكن تعديا (وإن أصاب الخارج) أو وسطه

وفي التاترخانية : إن فعل في غير النافذة ما ليس من جملة السكنى لا يضمن حصة نفسه ويضمن حصة شركائه وإن من جملة السكنى فالقياس كذلك والاستحسان لا يضمن شيئا اهـ ومثله في الكفاية

أقول : وبه ظهر أن المراد لا يجوز إحداث شيء مما مر كالميزاب والدكان ونحو ذلك مما يبقى كما أفاده السائحاني (قوله إلا بإذنهم) أي كلهم حتى المشتري من أحدهم بعد الإذن لما في الخانية رجل أحدث بناء أوغرفة على سكة غير نافذة ورضي بها أهل السكة فجاء رجل من غير أهلها واشترى دارا منها كان للمشتري أن يأمر صاحب الغرفة برفعها اهـ سائحاني (قوله لأنه كالملك) الأولى لأنه ملك بلا تشبيه كما فعل في الهداية ودل عليه ما قدمناه عن الجامع (قوله ثم الأصل الخ) فائدته أن الحديث للإمام نقضه والقديم لا ينقضه أحد كما في القهستاني قال السائحاني : فإن برهنا فبينة القدم في البناء تقدم وفي الكافي بينة الحدوث فعلها في غير البناء كمسيل واستطراق وقال الشيخ خير الدين عن الصغرى : يجعل أقصى الوقت الذي تحفظه الناس حد القديم وهذا في غاية الحسن اهـ (قوله فديته على عاقلته) وكذا لو جرحه إن بلغ أرشه أرش الموضحة وإن كان دونه ففي ماله كفاية وأشعر بأنه لا تجب الكفارة ، ولا يحرم من الميراث كما في الذخيرة قهستاني (قوله ملتقى) زاد في الشرح وكذا كل ما فعل في طريق العامة اهـ

وفي الملتقى أيضا ويضمن من صب الماء في الطريق ما عطب به وكذا إن رشه بحيث يزلق أو توضأ به وإن فعل شيئا من ذلك في سكة غير نافذة وهو من أهلها أو قعد فيها أو وضع متاعه لا يضمن ، وكذا إن رش ما لا يزلق عادة أو رش بعض الطريق فتعمد المار المرور عليه لا يضمن الراش ، ووضع الخشبة كالمرور في استيعاب الطريق وعدمه ، وإن رش فناء حانوت بإذن صاحبه فالضمان على الآمر استحسانا اهـ (قوله في ماله) لأن العاقلة تتحمل النفس دون المال هداية (قوله إن لم يأذن به) أي بما ذكر من إحداث الكنيف والجرصن والدكان ، ووضع الحجر وحفر البئر في الطريق أفاده القهستاني (قوله الإمام) أي السلطان قهستاني (قوله فإن أذن الخ) لأنه غير متعد حينئذ فإن للإمام ولاية عامة على الطريق إذناب عن العامة ، فكان كمن فعله في ملكه قهستاني قال في الدر المنتقى : لكن إنما يجوز الإذن إذا لم يضر بالعامة وتمامه فيه فتنبه (قوله جوعا أو عطشا) لأنه مات بمعنى في نفسه والضمان إنما يجب إذا مات من الوقوع زيلعي (قوله أو غما) أي اختناقا بالعفونة قال في الصحاح يوم غم إذا كان يأخذ النفس من شدة الحر عناية وضبطه في الشرنبلالية بالضم ، ثم نقل عن شرح المجمع الفتح (قوله خلافا لمحمد) فأوجب الضمان في الكل ووافق أبو يوسف الإمام في الجوع لا الغم ط (قوله أو وسطه) المراد وسطه الذي هو خارج عن ملك الوضع ، لأن العلة في الضمان هي التعدي بشغل هواء الطريق كما ذكره الزيلعي ، وهو بهذا المعنى يشمله لفظ الخارج ، فلا حاجة إليه ولعله أراد بالخارج الطرف الأخير ، فصح له ذكر الوسط ، ومحل الضمان

بزازية (فالضمان على واضعه) لتعديه ولو مستأجرا أو مستعيرا وغاصبا ولا يبطل الضمان بالبيع لبقاء فعله وهو الموجب للضمان بخلاف الحائط المائل كما بسطه الزيلعي (ولو أصابه الطرفان) من الميزاب (وعلم ذلك وجب) على واضعه (النصف وهدر النصف ولو لم يعلم أي طرف) منهما (أصابه ضمن النصف استحسانا) زيلعي (ومن نحى حجرا وضعه آخر فعطب به رجل ضمن) لأن فعل الأول نسخ بفعل الثاني (كمن حمل على رأسه) أو ظهره (شيئا في الطريق فسقط منه على آخر أو دخل بحصير أو قنديل أو حصاة في مسجد غيره) أي جعل فيه حصى أو بواري ابن كمال (أو جلس فيه لا للصلاة) ولو لقرآن أو تعليم (فعطب به أحد) كأعمى ضمن خلافا لهما (لا) يضمن (من سقط منه رداء لبسه) عليه (أو أدخل هذه) الأشياء المذكورات (في مسجد حيه)

فيه وفيما قبله إذا لم يأذن الإمام أو أرباب المحلة كما تقدم ويدل عليه التعليل بالتعدي اهـ (قوله فالضمان على واضعه) أي على عاقلته وكذا يقال فيما بعد لأنه تسبب ط (قوله كما بسطه الزيلعي) حيث قال ولو أشرع جناحا إلى الطريق أو وضع فيه خشبة ثم باع الكل وتركه المشتري حتى عطب به إنسان ، فالضمان على البائع ، لأن فعله لم ينفسخ بزوال ملكه ، بخلاف الحائط المائل إذا باعه بعد الإشهاد عليه ، حيث لا يضمن المشتري لأنه لم يشهد عليه ، ولا البائع ، لأن الملك شرط لصحة الإشهاد ، فيبطل بالبيع لأنه لا يتمكن من نقض ملك الغير ، وهنا الضمان بإشغال هواء الطريق لا باعتبار الملك ، والإشغال باق فيضمن كما لو حصل من مستأجر أو مستعير أو غاصب وفي الحائط لا يضمن غير المالك اهـ ملخصا (قوله استحسانا) لأنه في حال يضمن الكل وفي حال لا يضمن شيئا فيضمن النصف والقياس أن لا يضمن شيئا للشك وتمامه في الزيلعي (قوله ومن نحى حجراً) أي حوله عن موضعه إلى موضع آخر (قوله فسقط منه على آخر) وكذا إذا سقط فتعثر به إنسان هداية ، لأن حمل المتاع في الطريق على رأسه أو على ظهره مباح له لكنه مقيد بشرط السلامة بمنزلة الرمي إلى الهدف أو الصيد زيلعي (قوله أو دخل بحصير أو قنديل أو حصاة الخ) أي فسقط الحصير أو القنديل على أحد أو سقط الظرف الذي فيه الحصاة على أحد منح

أقول : وعبارة الهداية وإذا كان المسجد للعشيرة ، فعلق رجل منهم فيه قنديلا ، أو جعل فيه بواري أو حصاه الخ والظاهر منها أن حصاه فعل ماض مشدد الصاد معطوف على جعل ، ويدل على ذلك تفسير ابن كمال ، وأما جعله مفرداً بتاء الوحدة فهو بعيد ، وكذا إرادة الظرف أبعد وفي منهوات ابن كمال ومن وهم أن المراد الظرف الذي فيه الحصاة فقد وهم اهـ

وقيد الشرنبلالي الخلاف في الضمان بما إذا فعل ذلك بلا إذن أهل المسجد فلو بإذنهم فلا ضمان اتفاقا كما لو كان من أهل المحلة وعلق القنديل للاضاءة فلو للحفظ ضمن اتفاقا كما في شرح المجمع اهـ وجعل في البزازية إذن القاضي كإذن أهل المحلة (قوله في مسجد غيره) أي مسجد غير حيه ويأتي مفهومه والظاهر أن مسجد الجماعة حكمه في ذلك حكم مسجد حيه فلا يضمن بما ذكر ط (قوله ولو لقرآن أو تعليم) لأن المسجد بني للصلاة وغيرها تبع لها بدليل أنه إذا ضاق فللمصلي إزعاج القاعد للذكر أو القراءة أو التدريس ؛ ليصلي موضعه دون العكس (قوله لا يضمن من سقط منه رداء لبسه) أي سقط على إنسان فعطب به أو سقط فتعثر به أشار إليه في الهداية ثم قال : والفرق أي بين المحمول والملبوس ، أن حامل الشيء قاصد حفظه ، فلا حرج في التقييد بوصف السلامة ، واللابس لا يقصد حفظا ما يلبسه ، فيتحرج بالتقييد بالسلامة ؛ فجعل مباحا مطلقا ، وعن محمد : أنه إذا لبس مالا يلبسه فهو كالحامل ، لأن الحاجة لا تدعو إلى لبسه اهـ وكالرداء السيف والطيلسان ونحوهما كما في الغاية (قوله عليه)

أى محلته لأن تدبير المسجد لأهله دون غيرهم ففعل الغير مباح فيتقيد بالسلامة (أو جلس فيه للصلاة) :

الحاصل أن الجالس للصلاة فى مسجد حيه أو غيره لا يضمن ، ولغير الصلاة يضمن مطلقا خلافا لهما ، واستظهر فى الشرنبلالية معزيا للزيلعى وغيره قولهما وقد حققته فى شرح الملتقى :

وفيه لو استأجره ليبنى أو ليحفر له فى فناء حانوته أو داره فتلف به الأجير وإن بعده فعلى شيء إن قبل فراغه فعلى الآمر كما لو كان فى غير فنائه ولم يعلم به الأجير فإن علمه فعليه كما لو أمره بالبناء فى وسط الطريق لفساد الأمر ، ولو قال الآمر هو فنائى وليس لى حق الحفر فعلى الأجير قياسا أى لعلمه بفساد الأمر فما أغره وعلى المستأجر استحسانا اه :

متعلق بقوله لبسه ولا يصح تعلقه بسقط لفساد المعنى فافهم (قوله ففعل الغير مباح) يفيد أن فعل الأهل واجب مثلا ، وليس كذلك بل كلاهما مباح غير أن فعل الأهل مباح مطلق غير مقيد بالسلامة ، وفعل غير مباح مقيد بها ط (قوله الحاصل أن الجالس للصلاة الخ) ذكر شمس الأئمة أن الصحيح من مذهب أبى حنيفة : أن الجالس لانتظار الصلاة لا يضمن ، وإنما الخلاف فى عمل لا يكون له اختصاص بالمسجد كقراءة القرآن ودرس الفقه والحديث ، وذكر فى الذخيرة أنه إذا قعد فيه لحديث ، أو نام فيه أو قام فيه لغير صلاة أو مر فيه مار ضمن عنده ، وقالا : لا يضمن ، وإن قعد للعبادة كانتظار الصلاة أو الاعتكاف ، أو قراءة القرآن ، أو للتدريس ، أو للذكر اختلف المتأخرون فيه على قولين بالضمان وعدمه زيلعى ملخصا (قوله مطلقا) أى فى مسجد حيه أو غيره (قوله معزيا للزيلعى) فإنه نقل عن الحلوانى : أن أكثر المشايخ أخذوا بقولهما وعليه الفتوى اه ونقل عن صدر الإسلام : أن الأظهر ما قالاه لأن الجلوس من ضرورات الصلاة ، فيكون ملحقا بها : وفى العينى بقولهما قالت الثلاثة وبه يفتى اه ط (قوله وقد حققته فى شرح الملتقى) حاصله ما قدمناه وذكر أيضا أن الجلوس للكلام المحظور فيه الضمان اتفاقا وعليه يحمل ما أطلقه فخر الإسلام (قوله وفيه لو استأجره الخ) ذكر الزيلعى وغيره ما حاصله أنه لو استأجره ليشرع له جناحا فى فناء داره ، وقال له : إنه ملكى أولى فيه حق الاشراع من القديم ، ولم يعلم الأجير فظهر بخلافه ، فسقط على إنسان قبل الفراغ ، أو بعده : فالضمان على الأجير ، ويرجع على الآمر قياسا واستحسانا وإن أخبره بأن لا حق له فى الاشراع ، أو لم يخبره حتى بنى فسقط فأتلف إن قبل الفراغ ضمن ، ولا يرجع وإن بعده فكذلك قياسا بفساد الأمر كما لو أمره بالبناء فى الطريق ، وفى الاستحسان يضمن الآمر لصحة الآمر لأن فناءه مملوك له من حيث إن له الانتفاع ، بشرط السلامة وغير مملوك من حيث إنه لا يجوز له بيعه ، فمن حيث الصحة يكون قرار الضمان على الآمر بعد الفراغ ، ومن حيث الفساد يكون على العامل قبل الفراغ وإن استأجره ليحفر له فى غير فنائه ضمن الآمر دون العامل ، إذا لم يعلم أنه غير فنائه لصحة الأمر حينئذ، فنقل فعله إلى الآمر ، لأنه غره ، فإن علم بذلك ضمن إذ لا غرور ، فبقى الفعل مضافا إليه ، ولو قال إنه فنائى وليس لى فيه حق الحفر ضمن العامل قياسا إذ لا غرور وفى الاستحسان يضمن الآمر اه زاد فى البزازية إن كان بعد الفراغ اه

فقد أفاد أن التفصيل قبل الفراغ أو بعده جار فى الحفر أيضا كما ذكره الشارح فافهم ، ووجه الفرق بين الحفر والاشراع ، فإن الأجير فى الاشراع إذا لم يعلم ضمن ، ورجع على الآمر ؛ وفى الحفر لم يضمن أصلا هو أن الآمر متسبب ومشرع الجناح مباشر بخلاف الحافر ، فإنه متسبب أيضا والمتسبب يضمن إذا كان متعديا والمتعدى هنا هو الآمر فقط إتقاني ملخصا وفي المغرب : الفناء سعة أمام البيوت وقيل ما امتد من جوانبها (قوله فما أغره)

قلت : وقد قدم هو وغيره القياس هنا وظاهره ترجيحه سيما على دأب صاحب الملتقى من تقديمه الأقوى فتأمل (ومن حفر بالوعة فى طريق بأمر السلطان أو فى ملكه أو وضع خشبة فيها) أى الطريق (أوقنطرة بلاإذن الإمام) وكذا كل ما فعل فى طريق العامة (فتعمد رجل المرور عليها لم يضمن) لأن الإضافة للمباشر أولى من المتسبب وبهذا تبين أن المتسبب إنما يضمن فى حفر البئر ووضع الحجر إذا لم يتعمد الواقع المرور كذا فى المجتبى :

وفيه حفر فى طريق مكة أو غيره من الفيافى لم يضمن بخلاف الأمصار :

قلت : وبهذا عرف أن المراد بالطريق فى الكتب الطريق في الأمصار دون الفيافى والصحارى لأنه لا يمكن العدول عنه فى الأمصار غالبا دون الصحارى (ولو استأجر) رجل (أربعة لحفر بئر له فوقعت البئر عليهم) جميعا (من حفرهم فمات أحدهم فعلى كل واحد من الثلاثة الباقية ربع الدية ويسقط ربعها) لأن البئر وقع عليهم بفعلهم فقد مات من جنايته وجناية أصحابه فيسقط ما قابل فعله خانية وغيرها .

زاد فى الجوهرة وهذا لو البئر فى الطريق فلو فى ملك المستأجر فينبغى أن لا يجب شىء لأن الفعل مباح فما يحدث غير مضمون اه :

كذا وقع له فى شرح الملتقى والفعل متعد بنفسه من غير همز قال في القاموس : غره خدعه اه ط (قوله وظاهره) أى التقديم المأخوذ من قدم ترجيحه على الاستحسان ، وهذا وإن ظهر فى عبارة الملتقى لا يظهر فى عبارة غيره خصوصا صاحب الهداية فإنهما يؤخران دليل المعتمد ، وقد أخر الاستحسان مع دليله أفاده ط (قوله أو فى ملكه) وكذا إذا حفر فى فناء له فيه حق التصرف بأن لم يكن للعامة ولا مشتركا لأهل سكة غير نافذة ملتقى (قوله وكذا كل ما فعل فى طريق العامة) أى من إخراج الكنيف والميزاب والجرصن ، وبناء الدكان وإشراع الروشن ، وحفر البئر وبناء الظلة وغرس الشجرورمى الثلج ، والجلوس للبيع إن فعله بأمر من له ولاية الأمر لم يضمن ، وإلاضمن أفاده فى العناية (قوله فتعمد الخ) تفريع على قوله أو وضع خشبة الخ قال الرملى : ويتعين حذفه لأن الضمان منتف بالتعمد المذكور ، وإن كان الوضع بإذن الإمام اه لكنه يعلم بالأولى على أن هذا إنما يتأتى فى قوله بلا إذن الإمام ، أما قوله فتعمد فإنه يفسد المعنى بحذفه تأمل (قوله لأن الإضافة الخ) تعليل للمسئلين الأخيرتين ، وعلة الأوليين عدم التعدى كما فى التبيين (قوله من الفيافى) قال فى القاموس الفيف المكان المستوى أو المفازة لاماء فيها كالفيفاة والفيفاء ويقصر جمعه أفياف وفيوف وفياف اه (قوله لم يضمن) لأنه غير متعدفيه لأنه يملك الارتفاق بهذا الموضع نزولا وربطا للدابة وضربا للفسطاط من غير شرط السلامة لأنه ليس فيه إبطال حق المرور على الناس ، فكان له حق الارتفاق من حيث الحفر للطبخ أو الاستقاء فلا يكون متعديا بزازية (قوله قلت الخ) من كلام المجتبى ، وقد نقل فى المجتبى عن بعض الكتب تقييد الحفر فى الفيافى بما إذا كان فى غير ممر الناس ، ثم نقل عن كتاب آخر ، بدون هذا القيد ثم قال : قلت وبهذا عرف الخ فالإشارة إلى ما نقله ثانيا ، وهو مااقتصر عليه الشارح

وحاصله أنه على الأول يضمن لو حفر فى محجة الطريق بحيث يمر الناس والدواب عليها لا إن حفر يمنة أو يسرة بحيث لا يمر عليها ، وهو مافى البزازية ، عن المحيط وعلى الثانى : لا يضمن مطلقا لا مكان العدول من المار عن مكان الحفر قال ط : ولكنه لا يظهر فى نحو الظلمة والبهائم المارة فيحمل المطلق على المقيد والله تعالى أعلم بالصواب (قوله من حفرهم) ومثله ما لو كانوا أعوانا له ، وأما لو كان الحافر واحداً فانهارت عليه من حفره فدمه هدر ط عن الهندية عن المبسوط (قوله خانية) عبارتها لأن البئر وقع بفعلهم ، وكانوا مباشرين والميت مباشر أيضا الخ (قوله فينبغي أن لا يجب شيء الخ) قد علمت التصريح بأن ذلك قتل مباشرة ، فيستوى فيه

قلت : ويؤخذ منه جواب حادثة هي أن رجلا له كرم وأرضه تارة تكون مملوكة وعليها الخراج كأراضي بيت المال وتارة تكون للوقف وتارة تكون في يده مدة طويلة يؤدي خراجها ويملك الانتفاع بها بغرس أو غيره فيستأجر هذا الرجل جماعة يحفرون له بئرا ليغرس فيه أشجار العنب وغيره فسقط على أحدهم هل لورثته مطالبته بديته ؟ قال المصنف : والحكم فيها أو شبهها عدم وجوب شيء على المستأجر وكذا على الأجراء كما يفيده كلام الجوهرة ويحمل إطلاق الفتاوى على ماوقع مقيدا لاتحاد الحكم والحادثة والله أعلم .

[فروع] لو استأجر رب الدار الفعلة لإخراج جناح أو ظلة فوقع فقتل إنسانا إن قبل فراغهم من عمله فالضمان عليهم لأنه حينئذ لم يكن مسلما لرب الدار ، ويضمن لو رش الماء بحيث يزلق واستوعب الطريق ولو رش فناء حانوت بإذن صاحبه فالضمان على الآمر استحسانا وتمامه في الملتقى والله تعالى أعلم .

فصل في الحائط المائل

(مال حائط إلى طريق العامة ضمن ربه) أي صاحبه (ما تلف) به من نفس إنسان أو حيوان

الملك وعدمه فهو بحث مخالف للمنقول (قوله قلت الخ) هو للمصنف في المنح (قوله له كرم) الكرم العنب قاموس (قوله وأرضه تارة تكون مملوكة الخ) المراد أن أرضه لا تخلو عن أحد هذه الأشياء وليس المعنى أن هذه الأشياء تداولت على أرض واحدة ط (قوله كأراضي بيت المال) الكاف للتمثيل إن أريد بقوله مملوكة أي لعامة المسلمين أو للتنظير إن أريد به ملكها لمن هي في يده : أي عليها الخراج نظير أراضي بيت المال فإن أغلبها خراجية تأمل (قوله وتارة تكون في يده الخ) الذي رأيته في المنح وتارة تكون للوقف وتكون في يده مدة طويلة الخ وهذا أولى لأن ماتكون في يده كذلك هي أراضي بيت المال أو الوقف (قوله يؤدي خراجها) المناسب أجرتها ، ولو قلنا إنها لبيت المال لما في فتح القدير : إن المأخوذ الآن من أراضي مصر أجرة لاخراج ألاترى أنها ليست مملوكة للزراع كأنه لموت المالكين شيئا فشيئا بلا وارث فصارت لبيت المال اهـ (قوله على الأجراء) بمد آخره جمع أجير وفي بعض النسخ الآجر بمد أوله ، وهو الأجير لأنه أجر نفسه والأولى أولى (قوله كما يفيده كلام الجوهرة) أي السابق وهو قوله لأن الفعل مباح فما يحدث غير مضمون (قوله ويحمل إطلاق الفتاوى) أي إطلاق الخانية وغيرها الضمان على ما وقع مقيدا في عبارة الجوهرة بقوله ، وهذا لو البئر في الطريق ، لوجود الشرط الذي ذكره الأصوليون في حمل المطلق على المقيد ، وهو اتحاد الحكم والحادثة ، والحكم هنا هو الضمان والحادثة هي الحفر في الطريق ، ونظيره صوم كفارة اليمين فإنه في الآية مطلق ، وقيد بالتتابع في قراءة ابن مسعود فيحمل المطلق على المقيد لاتحاد الحكم وهو الصوم والحادثة وهي كفارة اليمين ضرورة تعذر الجمع ، وفي هذا الكلام نظر فإنه لا نص هنا وتقييد الجوهرة الضمان بما إذا كان في الطريق ينافيه تصريحهم ، بضمان المباشر ولو في الملك ولذا قال الرملي : الظاهر أنه قاله بحثا لا نقلا ولايخفى فساده لتصريحهم بأنه مباشرة لا تسبب ، وفي المباشرة لا ينظر إلى كون الفعل في ملكه أولى ، كمن رمى سهما في ملكه فأصاب شخصا ، فإنه يضمن ، وإذا فقد عرفت أن الحكم في الحادثة التي تكرر وقوعها وجوب الضمان على الكيفية المذكورة على الإجراء اهـ ملخصا (قوله فروع الخ) ساقط من بعض النسخ وقدمنا الكلام عليها والله تعالى أعلم

فصل في الحائط المائل

(قوله مال حائط) أي عما هو أصله من الاستقامة وغيرها فيشمل المنصدع والواهي قهستاني وكذا العلو إذا انصدع فأشهد أهل السفل على أهل العلو ، وكذا الحائط أعلاه لرجل وأسفله لآخر نص عليه في التاترخانية نقلا عن النوازل رملي (قوله إلى طريق العامة) أي والخاصة فهو من قبيل الاكتفاء قهستاني ، لكن بينهما فرق في

أو مال (إن طالب ربه) حقيقة أو حكما كالواقف والقيم ولو حائط المسجد فتضمن عاقلة الواقف وكالقيم الولى والراهن والمكاتب والعبد التاجر وكذا أحد الشركاء ولوالورثة استحسانا نعم فى الظهيرية : لو مات ربه عن ابن فقط ودين مستغرق صح الإشهاد على الابن وإن لم يملك الدار برجندى وغيره (بنقضه مكلف مسلم أو ذمى) يعنى من أهل الطالب فيشترط فى الصبى والعبد إذن وليه ومولاه بالخصومة زيلعى (حر أو مكاتب وإن لم يشهد)

بعض الأحكام كما يأتى (قوله أو مال) أى غير الحيوان لدخوله تحت النفس ؛ ولو أراد بالنفس الكاملة : وهى نفس الإنسان ، وبالمال ما يعم الحيوان لوافق قوله الآتى ، ثم ماتلف به من النفوس فعلى العاقلة فإن الحيوان غير مضمون عليهم بل هو فى ماله رحمتى (قوله إن طالب ربه) بنصب ربه مفعول طالب ، وفاعله قول المصنف الآتى مكلف ، والمطالبة أن يقول له : إن حائطك هذا مخوف أو يقول : مائل فانقضه أو اهدمه حتى لا يسقط ولا يتلف شيئا ولو قال : ينبغى أن تهدمه فذلك مشورة عناية (قوله أو حكما) من حيث قدرته على رفع هذا الضرر (قوله فتضمن عاقلة الواقف) أى فى الصورتين لأن القيم نائب عنه فيكون الإشهاد على القيم إشهاداً على الواقف ، كما أن الإشهاد على الولى إشهاد على من تحت ولايته من صغير ومجنون ، قال الرملى : ويؤخذ من عاقلة الواقف إن كان له عاقلة فيما تتحمله وإن لم تكن له عاقلة ، أو كان مما لا تتحمله ، فلا يؤخذ من القيم ولا يرجع فى الوقف لأن الوقف لاذمة له (قوله وكالقيم الولى) أى من له ولاية من أب أو جد أو وصى ، وزاد فى الهداية الأم ثم قال : لأن فعل هؤلاء كفعله اه أى فعل الوصى والأب والأم كفعل الصبى والتقدم إليهم كالتقدم إلى الصبى بعد بلوغه عناية تأمل

وفى الدر المنتقى فلو سقط حائط الصغير بعد الطلب من وليه كان الضمان فى مال الصبى فلو بلغ أو مات الولى بعد الطلب فلا يضمن بالتلف بعده كما فى العمادية وغيرها اه (قوله والراهن) فإنه مالك لا المرتهن والراهن قادر على الهدم بعنى بفك العين وإعادتها إلى يده ، وكذا التقدم إلى المؤجر لأن الإجارة تفسخ بالأعذار وهذا عذر اهط عن الجوهرة (قوله والمكاتب) لملكه نقضه فإن تلف به آدمى سعى فى أقل من قيمته ودية المقتول أو مال سعى فى قيمته بالغة مابلغت اعتبارا بالجناية الحقيقية كما فى القهستانى عن الكرمانى ، وهذا لو التلف حال بقاء الكتابة ، فلو بعد عتقه فعلى عاقلة المولى ، ولو بعد العجز لا يجب شيء على أحد ، ويهدر الدم لعدم قدرة المكاتب ، وعدم الإشهاد على المولى كما فى المنح وغيرها وفى البرجندى عن قاضيخان ، فإن أشهد على المولى صح الإشهاد أيضاً درمنتقى (قوله والعبد التاجر) فإن له ولاية نقضه مديونا أولا فإن تلف به آدمى فعلى عاقلة المولى أو مال ففى رقبته حتى يباع فيه درمنتقى (قوله وكذا أحد الشركاء) أى بالنسبة إليه فيضمن بقدر حصته فقط كما سيأتى متنا (قوله استحسانا) لتمكنه منه بمباشرة طريقه وهو المرافعة إلى القاضى بمطالبة شركائه ، فصار مفرطا فيضمن بقسطه ، وفى القياس لا يضمن لعدم تمكنه من النقض وحده إتقانى (قوله نعم فى الظهيرية الخ) قيل هو استدراك على قوله طالب ربه ، واعترض بأنه داخل تحت قوله أو حكما ، لأن الدار للميت ولذا تقضى بها ديونه والوارث خليفته ، ولذا له أخذها وقضاء الدين من ماله وقد يقال هو استدراك على قوله : أحد الشركاء فإن التقييد بقوله عن ابن فقط يفهم أنه لو تعددت الورثة لا يصح الإشهاد تأمل ولعل القيد اتفاقى (قوله صح الإشهاد) أى والدية على عاقلة الأب لا الابن كما فى المنح (قوله بنقضه) متعلق بطالب ومكلف فاعله (قوله يعنى من أهل الطالب) أشار إلى أن المراد بالمكلف من له حق الطلب ولو صبيا لا من كان بالغا لكن فى الزيلعى أن العبيد والصبيان بالإذن التحقوا بالحر البالغ تأمل (قوله وإن لم يشهد) أى على طلب النقض قال الزيلعى : وإنما ذكر الإشهاد ليتمكن من إثباته

ولا يصح الطلب قبل الميل لعدم التعدى (و) الحال أنه (لم ينقضه) وهو يملك نقضه فى مدة يقدر على نقضه فيها لأن دفع الضرر العام واجب ثم ماتلف به من النفوس فعلى العاقلة ومن الأموال فعليه لأن العاقلة لاتعقل المال، ولاضمان إلا بالإشهاد على ثلاثة أشياء على التقدم إليه، وعلى الهلاك بالسقوط عليه، وعلى كون الجدار ملكا له من وقت الإشهاد إلى وقت السقوط .

ولذا قال (ولو تقدم إلى من) لا يملك نقضه ممن (يسكنها بإجارة أو إعارة أو إلى المرتهن أو إلى المودع لايعتد به) لعدم قدرتهم على التصرف وحينئذ فلو سقط بعد التقدم لمن ذكر (وأتلف شيئا فلاضمان أصلا) لاعلى ساكن ولا مالك (كما لو خرج) الحائط (عن ملكه ببيع) أو غيره كهبة حاوى قدسى .

وكذا لو جن مطبقا أو ارتد ولحق وحكم بلحاقه ثم عاد أو أفاق خانية (بعد الإشهاد ولو قبل القبض) لزوال ولايته بالبيع ونحوه وإن عاد ملكه بعده حاوى وخانية بخلاف الجناح لبقاء فعله كما مر (وإن مال إلى دار إنسان)

عند جحوده أو جحود عاقلته فكان من باب الاحتياط لا على سبيل الشرط اهـ (قوله ولا يصح الخ) سيأتى متنا (قوله والحال الخ) صاحب الحال فاعل ضمن أو مفعول طالب (قوله وهو يملك نقضه) مستغنى عنه بما بعد وبقوله: ولو تقدم الخ (قوله فى مدة يقدر على نقضه فيها) فلو ذهب بعد الطلب لطلب من يهدمه، وكان فى ذلك حتى سقط الحائط، لم يضمن، لأن مدة التمكن من إحضار الأجراء مستثنى فى الشرع قهستانى (قوله لأن دفع الضرر العام واجب) علة لقول المصنف سابقا ضمن ربه: أى فإنا لو لم نوجب عليه الضمان يمتنع من التفريغ وكم من ضرر خاص، يجب تحمله لدفع الضرر العام (قوله من النفوس) أى الأحرار بقرينة قوله، لأن العاقلة لا تعقل الأموال ط وأراد بالنفوس ما قابل الأموال فخرج الحيوان ودخل ما دون النفس (قوله فعلى العاقلة) أى عاقلة رب الحائط (قوله ولا ضمان الخ) أى على العاقلة، فلو أنكرت العاقلة واحداً من الثلاثة وأقر بها رب الدار، لزمه فى ماله طورى ملخصا (قوله على التقدم إليه) أى على طلب النقض ممن يملكه (قوله عليه) أى على الهالك (قوله وعلى كون الجدار ملكا له) لأن كون الدار فى يده ظاهر، والظاهر لا يستحق به حق على الغير غاية (قوله ولذا) أى لاشتراط كون الدار ملكا له الخ ط (قوله ولا مالك) لعدم الإشهاد عليه ط (قوله عن ملكه) أى عن ولايته ليشمل قوله وكذا لو جن تأمل (قوله كهبة) الظاهر أنه لابد فيها من التسليم، حتى يبطل الإشهاد، إذ لا حكم لها قبل التسليم ط (قوله وكذا لو جن) أى بعد الإشهاد (قوله مطبقا) قيد به لإخراج المقطع، وظاهره أنه لايبطل الإشهاد، فإذا أتلف بعده وبعد الإشهاد شيئا يكون مضمونا ط (قوله ثم عاد) أى مسلما وردت عليه الدار خانية، أو أفاق أى من جنونه، ففيه لف ونشر مشوش: أى فلا يضمن إلا باشهاد مستقبل (قوله ولو قبل القبض) أى قبض المشترى المبيع، فلا يشترط القبض كما فى عامة الكتب، وما فى الهداية من التقييد به اتفاقى أفاده القهستانى (قوله لزوال ولايته) أى عن ملك النقض، وهو علة لعدم الضمان المفهوم من قوله: كما لو خرج عن ملكه وما بعده (قوله ونحوه) أى من الهبة والجنون والارتداد فافهم (قوله وإن عاد ملكه) أى ولايته بعوده مسلما أو إفاقته وكذا فى البيع

قال القهستانى: وإطلاق البيع يدل على أنه لو رد على البائع بقضاء أو غيره أو بخيار شرط أو رؤية للمشترى لم يضمن إلا إذا طولب بعد الرد اهـ وإذا كان الخيار للبائع فإن نقض البيع، ثم سقط الحائط، وأتلف شيئا كان ضامنا لأن خيار البائع لا يبطل ولاية الاصلاح، فلا يبطل الإشهاد، ولو أسقط البائع خياره بطل الإشهاد، لأنه أزال الحائط عن ملكه منح (قوله بخلاف الجناح) فلا يزول الضمان بزوال ملكه عنه، لأن الجناية فيه بنفس

من مالك أو ساكن بإجارة أو غيرها فالإضافة لأدنى ملابسة قهستانى (فالطلب إليه) لأن الحق له (فيصح تأجيله وإبراءه منها) أى من الجناية (وإن مال إلى الطريق فأجله القاضى أو من طلب) النقض (لا) يبرأ لأنه بحق العامة وتصرف القاضى فى حق العامة نافذ فيما ينفعهم لا فيما يضرهم ذخيرة بخلاف تأجيل من بالدار :

ولو مال بعضه للطريق وبعضه للدار فأى طلب صح الطلب لأنه إذا صح الإشهاد فى البعض صح فى الكل برجندى (فإن بنى مائلا ابتداء ضمن بلا طلب كما فى إشراع الجناح ونحوه) كميزاب لتعديه به (حائط بين خمسة أشهد على أحدهم فسقط على رجل ضمن) عاقلته (خمس الدية) أى خمس ماتلف به من مال أو نفس لتمكنه من إصلاحه بمرافعته للحاكم :

(دار بين ثلاثة حفر أحدهم فيها بئرا أو بنى حائطا فعطب به رجل ضمن ثلثى الدية) لتعديه فى الثلثين ، وقد حصل التلف بعلة واحدة ، فيقسم بالحصة وقالا أنصافا ، لأن التلف قسمان معتبر وهدر :

(الإشهاد على الحائط إشهاد على النقض) بالكسر ما ينقض من الجدار وحينئذ (فلو وقع الحائط على الطريق بعد الإشهاد فعثر إنسان بنقضه فمات ضمن) لأن النقض ملكه فتفريغه عليه (وإن عثر) رجل (بقتيل مات بسقوطها) أى الحائط (لا يضمنه) لأن تفريغه للأولياء لا إليه بخلاف الجناح حيث يضمن ربه القتيل الثانى أيضا لبقاء جنايته فيلزمه تفريغ الطريق عن القتيل أيضا

الوضع وهو باق وفى الحائط بترك النقض ولا قدرة له عليه بعد زوال الملك فزالت الجناية (قوله فالإضافة لأدنى ملابسة) أى أدنى تعلق وارتباط ككوكب الخرقاء فى قول الشاعر :

إذا كوكب الخرقاء لاح بسحرة سهيل أذاعت غزلها فى الأقارب

(قوله فالطلب إليه) الأولى له أى للمالك أو الساكن ، ولو مال إلى سكة غير نافذة ، فالخصومة لواحد من أهلها إتقانى (قوله وإن مال إلى الطريق الخ) ظاهر التعليل الآتى أن المراد بها العامة ، والظاهر أن الخاصة كذلك فلا بد من تأجيل كل أهلها أو إبرائهم تأمل (قوله ولو مال الخ) قال فى الخانية : حائط لرجل بعضه مائل إلى الطريق وبعضه مائل إلى دار قوم ، وأشهد عليه أهل الدار ، فسقط ما مال إليها ضمن ، لأن الحائط واحد فصح الإشهاد من أهل الدار فيما مال إليهم ، وفيما مال إلى الطريق ، فإن أهل الدار من جملة العاملة وإن كان المشهد من غيرهم صح فيما مال إلى الطريق ، وإذا صح الإشهاد فى البعض صح فى الكل اهـ ملخصا (قوله أى خمس ماتلف به) تعميم للمتن لكن كان على الشارح اسقاط قوله : عاقلته اهـ ح . أى لأن ضمان الأموال فى ماله كما سلف ط (قوله بمرافعته للحكام) مصدر مضاف إلى فاعله : أى بمرافعة المشهد عليه بقية شركائه بمطالبة نقضه ، والمذكور وجه الاستحسان ، وفى القياس : لا يضمن أحد كما قدمناه (قوله حفر أحدهم) أى بلا إذن البقية (قوله ضمن ثلثى الدية) أى على عاقلته ، ويضمن ثلثى المال فى ماله كما مر (قوله بعلة واحدة) وهى الثقل المقدر فى الحائط والعمق المقدر فى البئر ، لأن القليل من الثقل والعمق ليس بمهلك حتى يعتبر كل جزء علة فيجتمع العلل ، وإذا كان كذلك يضاف إلى العلة الواحدة ، ثم يقسم على أربابها بقدر الملك وتمامه فى العناية (قوله وقالا أنصافا) أى فى هذه المسئلة والتى قبلها ، لأن التلف بنصيب المشهد عليه معتبر ، وبنصيب غيره هدر ، وفى الحفر والبناء باعتبار ملكه غير متعد ، وباعتبار ملك شريكه متعد ، فكانا قسمين فانقسم عليهما نصفين ابن كمال (قوله إشهاد على النقض) لأن المقصود إزالة الشغل منح (قوله مات بسقوطها) صفة قتيل وتأنيث الضمير يحتاج إلى نقل فى أن الحائط قد يؤنث ولم أره فليراجع (قوله لبقاء جنايته) لأن إشراع الجناح فى نفسه جناية ، وهو فعله فصار كأنه ألقاه بيده عليه ، فكان حصول القتيل فى الطريق كحصول نقض الجناح فى الطريق ، ومن ألقى شيئا فى الطريق

يؤيده أنه لو باع الحائط أو النقض برئ ولو باع الجناح لا زيلعى (ولا يصح الإشهاد قبل أن يهى الحائط) لانعدام التعدى ابتداء وانتهاء (وتقبل فيه شهادة رجل وامرأتين) لأنه شهادة على التقدم لا على القتل ؛

[فروع] حائط بعضه صحيح وبعضه واه فأشهد عليه فسقط كله وقتل إنسانا ضمنه . إلا أن يكون الحائط طويلا فيضمن ما أصاب الواهى فقط لأنه حينئذ كحائطين فالإشهاد يصح فى الواهى لا فى الصحيح ؛

حائطان أحدهما مائل والآخر صحيح : فأشهد على المائل فسقط الصحيح فأتلف شيئا كان هدرا خالية مسجد مال حائطه فالإشهاد على من بناه والدية على عاقلة من بناه وحائط الوقف على المساكين على عاقلة الوقف ، وحائط العبد التاجر على عاقلة مولاه ولو مستغرقا استحسانا ؛

قال ولى القتيل إذا جاء غد عفوت عن القصاص لا يصح لأنه تمليك دل عليه مسألة الأصل ؛

جارية قتلت رجلا عمدا فزنى بها ولى القتيل قبل أن يقتص لا يحد لأنها صارت مملوكة ولوالجية والله تعالى أعلم ؛

باب جناية البهيمة والجناية عليها

الأصل أن المرور فى طريق المسلمين مباح

كان ضامنا لما عطب به وإن لم يملك تفريغ الطريق عنه ، بخلاف مسألة الحائط فإن نفس البناء ليس بجناية وبعد ذلك لم يوجد منه فعل يصير به جانيا لكن جعل كالفاعل بترك النقض فى الطريق ، مع القدرة على التفريغ والترك مع القدرة وجد فى حق النقض ، لا فى حق القتيل ، فلذلك جعل فاعلا فى حق القتيل الأول لا فى حق القتيل الثانى جناية (قوله يؤيده) أى يؤيد أن الجناية باقية فى الجناح دون الحائط (قوله قبل أن يهى) يقال : وهى الحائط يهى وهيا إذا ضعف وهم بالسقوط صحاح (قوله لا فى الصحيح) أى لا يصح الإشهاد فى البعض الصحيح فلا يضمن ما أصابه كما لو كانا حائطين حقيقة (قوله على من بناه) أى إن كان حيا ، وتقدم أن القيم كالواقف فالإشهاد عليه عند عدمه تأمل (قوله والدية على عاقلة من بناه) وأما جنايات الأموال ، فليست على العاقلة فالظاهر أنها فى مال البانى والواقف فيحرر ط وقدمنا عن الرملى : أنه لا يؤخذ من مال الوقف لأنه لا ذمة له (قوله على عاقلة الواقف) أى تجب الدية فيه عليهم (قوله على عاقلة مولاه) وأما المال ففى رقبته كما قدمناه ، وقدمنا أيضا حكم المكاتب (قوله قال ولى القتيل الخ) المسألة بتمامها فى المنح (قوله لأنه تمليك) أى وهو لا تصح إضافته وهذا مخالف لما قدمه فى الفروع قبيل باب القود فيما دون النفس من أن القصاص لا يجرى فيه التمليك تأمل (قوله دل عليه الخ) أى على أن العفو تمليك للقصاص ، ولم يظهر لى وجه الدلالة لأن غاية ما أفاد أن الأمة صارت ملكه فلا يدل على أنه تمليك لا تصح إضافته ، على أن كونها صارت ملكه له مشكل ؛

وقال بعض المحشين : عبارة الولوالجية ولو قتلت أمة رجلا عمداً فزنى بها الولى عمداً لم يحد ، وإن لم يدع الشبهة لأن من العلماء من قال : للولى ولاية تملكها من غير رضا مولاها إن شاء ، وإن شاء قتلها فصار ذلك شبهة فى درء الحد اه فقد جعل علة الدرء أن له ولاية تملكها على قول البعض ، لا أنها صارت مملوكة له وفرق بين العبارتين اه ملخصا (قوله جارية) بدل من مسئلة الأصل وقوله قبل أن يقتص تصريح بمعلوم ط والله تعالى أعلم ؛

باب جناية البهيمة والجناية عليها

ذكره عقيب جناية الإنسان ، والجناية عليه مما لا يحتاج إلى بيان ذلك ، ولكن لما كانت البهيمة ملحقة بالجمادات من حيث عدم العقل ، ذكره بعد ما يحدثه الرجل فى الطريق قبل جناية الرقيق ، ونسبة الجناية إليها المشاكلة الجناية عليها (قوله الأصل) أى فى مسائل هذا الباب ، وكذا الأصل أيضا أن المتسبب ضامن إذا كان

بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه :

(ضمن الراكب فى طريق العامة ما وطئت دابته وما أصابت بيدها أو رجلها أو رأسها أو كدمت) بفمها (أو خبطت) بيدها أو صدمت (فلو حدثت) المذكورات (فى السير فى ملكه لم يضمن ربها إلا فى الوطء وهو راكبها لأنه) مباشر لقتله بثقله فيحرم الميراث .

(ولو حدثت فى ملك غيره بإذنه فهو كملكه) فلا يضمن كما إذا لم يكن صاحبها معها قهستانى (وإلا) يكن بإذنه (ضمن ما تلف مطلقا) لتعديه (لا) يضمن الراكب (ما نفحت برجلها) أو ذنبها سائرة خلافا للشافعى (أو عطب إنسان بما راثت أو بالت فى الطريق سائرة أو واقفة لأجل ذلك) لأن بعض الدواب لا يفعله إلا واقفا

متعديا ، وإلا لا يضمن والمباشر يضمن مطلقا ، كما يظهر من الفروع رحمتى (قوله بشرط السلامة الخ) لأنه يتصرف فى حقه من وجه ، وفى حق غيره من وجه ، لكونه مشتركا بين كل الناس فقلنا بالإباحة مقيداً بالسلامة ليعتدل النظر من الجانبين ، فيما يمكن الاحتراز عنه لا فيما لا يمكن ، لأنه يؤدى إلى المنع من التصرف زيلعى ملخصا (قوله ما وطئت دابته) أى من نفس أو مال درمنتقى فتجب الدية عليه ، وعلى عاقلته ، وإن كان العاطب عبداً وجبت قيمته على العاقلة أيضا ، لأن ديته قيمته ، وإن مالا وجبت قيمته فى ماله ، وإن ما دون النفس ، فما أرشه أقل من نصف عشر الدية ففى ماله وإن نصف العشر ، فصاعداً فهو على العاقلة جوهرة ملخصا (قوله وما أصابت بيدها أو رجلها) أى فى غير حالة الوطء كأن أتلفت فى حال رفعها أو قبل وضعها ط (قوله أو كدمت الخ)الكدم العض بمقدم الأسنان كما يكدم الحمار والخبط الضرب باليد والصدم الدفع ،وأن تضرب الشىء بجسدك مغرب (قوله فى ملكه) أى الخاص أو المشترك لأن لكل واحد من الشركاء السير والإيقاف فيه زيلعى (قوله لم يضمن) لأنه متسبب لا مباشر ، وليس بمتعد بتسيير الدابة فى ملكه (قوله لأنه مباشرة) فيضمن وإن لم يتعد (قوله فيحرم من الميراث) لأنه قاتل حقيقة وعليه الكفارة كما سيصرح به (قوله ولو حدثت) أى المذكورات (قوله فلا يضمن) أى إلا فى الوطء وهو راكبها (قوله كما إذا لم يكن صاحبها معها) سواء دخلت بنفسها أو أدخلها بالإذن (قوله ضمن) أى الراكب ما تلف مطلقا أى سواء وطئت أو خبطت أو صدمت واقفة أو سائرة ، وكالراكب السائق والقائد كما يأتى متنا ، وقد ظهر أن الكلام فيما إذا لم تدخل بنفسها

قال فى العناية : وإن كانت الجناية فى ملك غير صاحبها فإما إن أدخلها صاحبها فيه أولا فإن كان الثانى فلا ضمان عليه على كل حال ، لأنه ليس بمباشر ولا متسبب ، وإن كان الأول فعليه الضمان على كل حال ، سواء كان معها سائقها أو قائدها أو راكبها أولا واقفة أو سائرة لأنه إما مباشر ، أو متسبب متعد إذ ليس له إيقاف الدابة وتسييرها فى ملك الغير اهـ (قوله لا يضمن الراكب) أى فى طريق العامة أو غيرها (قوله لا ما نفحت الخ) بالحاء المهملة يقال نفحت الدابة أى ضربت بحد حافرها مغرب فقوله : برجلها من استعمال المقيد فى المطلق كما ذكره القهستانى وغيره ، لكن فى الصحاح أى ضربت برجلها ، فلم يقيد بالحافر فتبقى دعوى المجاز بالنسبة إلى قوله أو ذنبها تأمل (قوله سائرة) قيد لعدم الضمان بالنفحة ، فإن الاحتراز عن النفحة مع السير ، غير ممكن ، لأنها من ضروراته فلو أوقفها فى الطريق ضمن النفحة أيضا ، لأن صيانة الدواب عن الوقوف ممكنه ، وإن كانت غير ممكنة عن النفحة فصار الإيقاف تعديا أو مباحا مقيداً بشرط السلامة إتقانى (قوله أو عطب) عطف على المحت ، وفيه ركاكة ، وعبارة الملتقى ولا ما عطب بروثها أو بولها (قوله أو واقفة) أى بإيقافه أولا بزازية (قوله لأجل ذلك) أى لأجل الروث أو البول وهو علة لقوله أو واقفة (قوله لأن بعض الدواب الخ) علة لعدم الضمان قال فخر الإسلام لأن الاحتراز عن البول والروث غير ممكن ، فجعل عفوا والوقوف من ضروراته ، لأن الدابة لا تروث ،

(فلو) أوقفها (لغيره) فبالت (ضمن) لتعديه بإيقافها إلا فى موضع إذن الإمام بإيقافها فلا يضمن ومنه سوق الدواب وأما باب المسجد فكالطريق إلا إذا أعد الإمام لها موضعا (فإن أصابت بيدها أو رجلها حصاة أو نواة وأثارت غبارا أو حجرا صغيرا ففقأ عينا) أو أفسد ثوبا (لم يضمن) لعدم إمكان الاحتراز عنه (ولو) الحجر (كبيرا ضمن) لإمكانه (وضمن السائق والقائد ما ضمنه الراكب) وصحح فى الدرر أنه مطرود منعكس (و) الراكب (عليه الكفارة) فى الوطء كما مر (لاعليهما) أى لاعلى سائق وقائد ، ولو كان سائق وراكب لم يضمن السائق على الصحيح خلافا لما جزم به القهستانى وغيره ، لأن الإضافة إلى المباشر أولى من المتسبب

ولا تبول غالبا إلا بعد الوقوف فجعل ذلك عفوا أيضا إتقانى (قوله فلو أوقفها) فى المغرب ، ولا يقال أوقفه إلا فى لغة رديئة اهـ كفاية (قوله لتعديه بإيقافه) أى إيقافه الدابة فالمصدر مضاف إلى فاعله : أى فهو متسبب متعد ، إذ ليس له شغل طريق المسلمين بإيقافها فيه كما فى العناية قال الرحمتى : فلو أوقفها للازدحام أو لضرورة أخرى ، ينبغى أنه إن أمكنه العود أو التخلص يضمن وإلا فلا (قوله إلا فى موضع إذن الإمام بإيقافها)وكذا إذا أوقفها فى المفاوز فى غير المحجة ، فإنه لا يضمن ولو بغير إذنه لأنه لا يضر الناس ؛ بخلاف المحجة كما فى الاختيار قهستانى والمحجة الطريق مغرب (قوله إلا إذ أعد الإمام لها) أى للدواب أو لوقوفها موضعا عند باب المسجد ، فلا ضمان فيما حدث من الوقوف فيه ط وقيد بالوقوف لأنه لو كان سائرا فى هذه المواضع التى أذن فيها الإمام بالوقوف ، أو قائداً أو سائقا فهو ضامن ، ولا يزيل ذلك عنه إذن الإمام وإنما يسقط ما حدث من وقوف دابته فى هذا الموضع راكبا ، ولادون السير والسوق والقود إتقانى (قوله لم يضمن) محل ذلك إذا لم ينخسها ، ولم ينفرها أما لو نخسها أو نفرها فأثارت غباراً أو حصاة فأتلفت شيئا ضمنه أفاده المكى ط وعبارة القهستانى : وقيل لو عنف الدابة فى هذه الصور ضمن كما فى الذخيرة (قوله لإمكانه) أى لإمكان الاحتراز عنه ، فالظاهر أنه من عنفه فى السوق ، فيوصف بالتعدى فيؤخذ به إتقانى (قوله ما ضمنه الراكب) أى أنهم في الضمان سواء وكذا المرتدف إتقانى ، فيضمنون ماحدث فى الطريق العام إلا النفح ولا يضمنون ما حدث فى ملكهم ، أو فى ملك غيرهم بأذنه إلا فى الوطء إلى آخر ما تقدم (قوله إنه مطرد ومنعكس) الإطراد التلازم فى الثبوت ، والانعكاس التلازم فى النفى : أى كل ما يضمن فيه الراكب يضمن فيه السائق والقائد : ومالا فلا ، وخالف القدورى فى السائق ، فذكر أنه يضمن النفحة بالرجل ، لأنه بمرأى عينه فيمكنه الاحتراز ، وعليه بعض المشايخ ، وأكثرهم على أنه لا يضمن إذ ليس فيها ما يمنعها عن النفحة ؛ فلا يمكنه الاحتراز بخلاف الكدم ، لأنه يمكنه كبحها بلجامها ، كما فى شرح المجمع وما صححه فى الدرر هو قول الأكثر وصححه فى الهداية والملتقى وغيرهما (قوله والراكب عليه الكفارة فى الوطء) أى لو وطئت إنسانا وهو راكبها وكذا الرديف فإنهما مباشران للقتل حقيقة بثقلهما ، فيلزمها الكفاره ، ويحرمان من الميراث كالنائم إذا انقلب على إنسان إتقانى (قوله كما مر) لم يمر ذلك فى كلامه ، والأظهر لما مر باللام إشارة إلى قوله المار لأنه مباشر الخ (قوله لا عليهما) لأنهما متسببان بمعنى أنه لولا السوق ، أو القود لم يوجد الوطء ، والكفارة جزاء المباشرة إتقانى (قوله أى لا على سائق وقائد) زاد القهستانى المرتدف ، وهو غير ظاهر ومخالف لما سمعته آنفا (قوله لم يضمن السائق على الصحيح) اعلم أن الزيلعى قال : قيل لا يضمن السائق ما وطئت الدابة ، لأن الراكب مباشر والسائق متسبب ، والإضافة إلى المباشر أولى ، وقيل : الضمان عليهما ، لأن كل ذلك سبب الضمان ، ألا ترى أن محمدا ذكر فى الأصل أن الراكب إذا أمر إنسانا فنخس المأمور الدابة فوطئت إنسانا كان الضمان عليهما فاشتركا فى الضمان ، فالناخس سائق ، والآمر راكب ، فتبين بهذا أنهما يستويان والصحيح الأول لما ذكرنا

كما مر أى إذا كان سببا لايعمل بانفراده إتلافا كما هنا أما فى سبب يعمل بانفراده فيشتركان كما يأتى فى مسألة نخس الدابة بإذن راكبها فليحفظ (وضمن عاقلة كل فارس) أو راجل (دية الآخر إن اصطدما وماتا منه) فوقعا على القفا (لو) كانا (حرين) ليسا من العجم ولا عامدين ولا وقعا على وجوههما (ولو) كانا (عبدين) أو وقعا على الوجه ابن كمال (يهدر دمهما) فى العمد والخطأ شرنبلالية وغيرها ، ولو كان من العجم فالدية فى مالهم كما مر مرارا ولو كانا عامدين ، فعلى كل نصف الدية ، ولو وقع أحدهما على وجهه هدر دمه فقط ، ولو أحدهما حرا والآخر

والجواب عما ذكر فى الأصل أن المتسبب إنما لايضمن مع المباشر إذا كان السبب شيئا لا يعمل بانفراده فى الاتلاف كما فى الحفر مع الالقاء ، فإن الحفر لايعمل بانفراده شيئا بدون الالقاء وأما إذا كان السبب يعمل بانفراده فيشتركان وهذا منه ، فإن السوق متلف وإن لم يكن على الدابة راكب ، بخلاف الحفر فإنه ليس بمتلف بلاإلقاء ، وعند الإلقاء وجد التلف بهما فاضيف إلى آخرهما اه ونقله المصنف فى المنح ، وكتب بخطه فى الهامش هذا الكلام يحتاج إلى مزيد تحرير اه .

وذكر فى السعدية : أن ما ذكره الزيلعى فى معرض الجواب بمعزل عن هذا التقرير ، ولا يصلح جوابا عما فى الأصل ، بل هو تحقيق وتفصيل له ، واللازم منه وجوب الضمان على السائق ، وهو قد صحح عدم الوجوب وهذا من مثله غريب اه .

وذكر الرملى عن الحلبى عن قارىء الهداية ما صورته : ينبغى أن يقال وهو الصحيح والجواب عن الأول اه فيكون التصحيح للقول الثانى والجواب عن القول الأول ، ويؤيده قول النهاية أما الجواب عن الأول الخ وكذا قول الولوالجية الراكب والسائق والقائد والرديف فى الضمان سواء حالة الانفراد والاجتماع هو الصحيح ، وإن كان الراكب مباشراً ، لأن السبب هنا يعمل فى الاتلاف ، فلا يلغى فكان التلف مضافا إليهما بخلاف الحفر اه ملخصا .

وبه علم أن الصحيح ماجزم به القهستانى ، وقد أخره فى الهداية فاشعر بترجيحه كعادته وقدمه فى المواهب والملتقى وعبرا عن مقابله بقيل فتنبه (قوله كما مر) أى فى باب مايحدثه الرجل فى الطريق (قوله كما هنا) أى فى السائق وقد علمت أنه كالناخس يعمل بإنفراده إتلافا وأن الذى لا يعمل كحفر البئر (قوله بإذن راكبها) فلو بدونه ضمن الناخس فقط كما سيأتى (قوله أو راجل) أشار إلى أن التقييد بالفارس إتفاقى ، وإنما لم يذكر المصنف الراجل ، لأنه ليس من هذا الباب ، لعدم تعلقه بالبهيمة أفاده سعدى (قوله إن اصطدما) أى تضاربا بالجسد اه درمنتقى وهذا ليس على إطلاقه ، بل محمول على ما إذا تقابلا لما فى الاختيار سار رجل على دابة فجاء راكب من خلفه فصدمه فعطب المؤخر لا ضمان على المقدم ، وإن عطب المقدم فالضمان على المؤخر وكذا فى سفينتين اه ط عن أبى السعود (قوله يهدر دمهما) لأن جناية كل من العبدين تعلقت برقبته دفعا وفداء وقد فاتت لا إلى خلف من غير فعل يصير به المولى مختارا للفداء منح ، وأما إذا وقع الحران على وجوههما فلأن موت كل بقوة نفسه (قوله وإن كانا عامدين) أى الحران أو العبدان كما يعلم من الهداية وفيه مخالفة لما قدمه عن الشرنبلالية فتأمل (قوله فعلى كل نصف الدية) الذى فى الزيلعى يجب على عاقلة كل نصف الدية قال الشلبى فى حاشيته : لأن العمد هنا بمنزلة الخطأ لأنه شبه عمد ، إذ هو تعمد الاصطدام ، ولم يقصد القتل ولذا وجب على العاقلة اه ط وإنما نصفت الدية فى العمد لا فى الخطأ لأن فى الخطأ فعل كل منهما مباح وهو المشى فى الطريق ، فلا يعتبر فى حق الضمان بالنسبة إلى نفسه كالواقع فى بئر فى الطريق ، فإنه لولا مشيه ما وقع ويعتبر بالنسبة إلى غيره لتقيده بشرط السلامة ، أما فى

عبدا فعلى عاقلة الحر قيمة العبد فى الخطأ ونصفها فى العمد (كما لو تجاذب رجلان حبلا فانقطع الحبل فسقطا وماتا على القفا) هدر دمهما لموت كل بقوة نفسه (فإن وقعا على الوجه وجب دية كل واحد منهما على عاقلة الآخر) لموته بقوة صاحبه (فإن تعاكسا) بأن وقع أحدهما على القفا والآخر على الوجه (فدية الواقع على الوجه على عاقلة الآخر) لموته بقوة صاحبه (وهدر) دم (من وقع على القفا) لموته بقوة نفسه (ولو قطع إنسان الحبل بينهما فوقع كل منهما على القفا فمات فديتهما على عاقلة القاطع) لتسببه بالقطع (وعلى سائق دابة وقع أداتها) أى آلاتها كسرج ونحوه (على رجل فمات وقائد قطار) بالكسر قطار الإبل (وطىء بعير منه رجلا الدية وإن كان معه سائق ضمنا) لاستوائهما فى التسبب ، لكن ضمان النفس على العاقلة وضمان المال فى ماله هذا لو السائق من جانب من الإبل فلو توسطها وأخذ بزمام واحد ضمن ماخلفه وضمنا ماقدامه

للعمد فليس بمباح ، فيضاف إليه ما وقع فى حق نفسه فصار هالكا بفعله وفعل غيره فيهدر ما كان بفعله ، ويجب ماكان بفعل غيره ، وتمامه فى الولوالجية (قوله فعلى عاقلة الحر قيمة العبد فى الخطأ ونصفها ثم العمد) أى ويأخذها ورثة الحر المقتول ، لأن كلا منهما صار قاتلا لصاحبه فعلى عاقلة الحر قيمة العبد أو نصفها ثم العبد الجانى قد تلف ، وأخلف هذا البدل ، فيأخذه ورثة الحر المجنى عليه بجهة كونه مقتولا لا قاتلا ، ويبطل حقهم فيما زاد عليه لعدم الخلف ، ولا يرد ما إذا قطعت المرأة يد رجل ، فتزوجها على اليد فإن عاقلتها يسقط عنهم الضمان ، لأنهم كانوا يتحملون عنها ، فإذا تزوجها المقطوع لو لم يسقط الضمان عن العاقلة لكان الضمان عليهم واجبا لها ، فلايصح أن يتحملوا عنها ضامنين لها أما هنا فالعاقلة تحملوا عن الحر باعتبار كونه قاتلا ثم تأخذه الورثة بجهة كونه مقتولا اه من الكفاية مع غيرها ، واعترض الوانى هذه المسألة بأن العاقلة لا تعقل عمدا ولا عبدا كما فى الحديث

وأقول قد علمت أن العمد هنا بمنزلة الخطأ لأنه شبه عمد ، وسيأتى أن الحديث محمول على ما جناه العبد لا ما جنى فتدبر (قوله كما لو تجاذب رجلان الخ) تشبيه فى الهدر المفهوم من قول المصنف يهدر دمهما ، وهذه المسألة فى الحكم على عكس مسألة المصادمة ط (قوله فإن وقعا على الوجه الخ) قيل لمحمد إن وقعا على وجههما إذا قطع الحبل قال محمد : لا يكون هذا من قطع الحبل إتقانى.

أقول يحتمل أن يراد بذلك نفى التصور أو نفى الضمان تأمل (قوله فديتهما على عاقلة القاطع) كذا فى الملتقى والاختيار والخانية وفيها أيضاً فى موضع آخر لا قصاص عليه ولادية اه ولعله رواية أخرى أو المراد لادية فى ماله (قوله وعلى سائق دابة) خبر مبتدؤه قوله الآتى الدية ، وإنما وجبت عليه لأنه متعد فى التسبب ، لأن الوقوع بتقصير منه ، وهو ترك الشد والإحكام فيه فصار كأنه ألقاه بيده كما فى الدرر ط فهو كوقوع ما حمله على عاتقه ، بخلاف الرداء الملبوس إذا سقط وكان مما يلبسه الإنسان عادة لأنه لايمكن الاحتراز عنه إذ لا بد منه كما مر فى باب مايحدثه الرجل فى الطريق إتقانى (قوله وقائد قطار) إنما ضمن لأنه بيده يسير بسوقه ، ويقف بإيقافه فيضاف إليه ما حدث منه لتسببه ، فيصير فى الحكم كأنه قتله خطأ فتجب على عاقلته ديته

قال الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع : لو قاد أعمى فوطىء الأعمى إنسانا فقتله ينبغى أن لا يضمن القائد لأن الأعمى من أهل الضمان ، ففعله ينسب إليه وفعل العجماء جبار لاعبرة له فى حكم نفسه فينسب إلى القائد إتقانى ملخصا (قوله قطار الإبل) قال فى المغرب : القطار الإبل تقطر على نسق واحد والجمع قطر اه أى ككتب (قوله الدية) أى إذا كان المتلف غير مال وكان الموجب كارش الموضحة فما فوقها كما مر مراراً مكى اه ط (قوله هذا لو السائق من جانب من الإبل) أى فى الوسط يمشى فى جانب من القطار لا يتقدم ولايتأخر ولا يأخذ بزمام بعير معراج :

وراكب وسطها يضمنه فقط مالم يأخذ بزمام ماخلفه (فإن قتل بعير ربط على قطار سائر بلا علم قائده رجلا) مفعول قتل (ضمن عاقلة القائد الدية رجعوا بها على عاقلة الرابط) لأنه دية لا خسران كما توهمه صدر الشريعة فلو ربط والقطار واقف ضمنها عاقلة القائد بلا رجوع لقوده بلا إذن ؛

(ومن أرسل بهيمة) أو كلبا ملتقى (وكان خلفها سائقا لها فأصابت فى فورها ضمن) لأنه الحامل لها وإن لم يمش خلفها فمادامت فى دورها فسائق حكما، وإن تراخى القطع السوق فالمراد بالسوق المشى خلفها

وقال الإتقانى : وهذا أى وجوب الضمان على السائق والقائد جميعا فيما إذا كان السائق يسوق الإبل غير آخذ بزمام بعير ، أما إذا أخذ الزمام ، فالضمان عليه فيما هلك خلفه لا على القائد المتقدم لأنه لما انقطع الزمام عن القطار لم يكن القائد المقدم قائدا لما خلف السائق ، وأما فيما هلك قدام السائق فيضمنه السائق ، والقائد جميعا لاشتراكهما فى سبب وجوب الضمان ، لأن كل واحد منهما مقرب إلى الجناية هذا بسوقه وذاك بقوده (قوله وراكب وسطها يضمنه) أى لو كان رجل راكبا على بعير وسط القطار ، ولا يسوق شيئا منها يضمن ماركبه أى ما أصابه بعيره بالإيطاء لأنه جعل فيه مباشرا ، أما ما أصابه بغير الإيطاء ، فهو عليه وعلى القائد أفاده الزيلعى .

قلت : وهو مبنى على ما صححه سابقا ، وقد علمت ما فيه ، وجعل فى النهاية والكفاية الضمان عليهما بلا تفصيل وهـو مؤيد لما قدمناه من الكلام على التصحيح (قوله فقط) أى لا يضمن ماقدامه : لأنه غير سائق له ، ولا ما خلفه لأنه غير قائد إلا إذا أخذ بزمام ما خلفه زيلعى ، وهذا قول بعض المتأخرين ، وأما غيره فاكتفى بكون زمام ما خلفه مربوطا ببعيره كما بسطه فى النهاية وغيرها (قوله بلا علم قائده) متعلق بربط ، وقيد به ليبنى عليه قوله ورجعوا بها الخ لأنه إذا علم لا رجوع لهم كفاية (قوله ضمن عاقلة القائد الدية) لأنه متسبب متعد بترك صون قطاره عن الربط ورجعوا على عاقلة الرابط لأنه أوقعهم فيه (قوله كما توهمه صدر الشريعة) حيث قال : ينبغى أن يكون فى مال الرابط ، لأن الرابط أوقعهم فى خسران المال وهذا مما لا تتحمله العاقلة اهـ ح (قوله والقطار واقف) محترز قوله سائر (قوله لقوده بلا إذن) أى بلا إذن الرابط ، أما فى الأولى فإنه لما ربطه والقطار سائر وجد من الرابط الإذن دلالة بقود المربوط ، فلذا رجعوا على عاقلته لأنه صار سببا كفاية (قوله ومن أرسل بهيمة الخ) اعلم أولا أن بين إرسال الكلب وغيره فرقا ، وهو أنه إذا أرسل الكلب ، ولم يكن سائقا له لا يضمن وإن أصاب فى فوره ، لأنه ليس بمتعد إذ لا يمكنه اتباعه ، والمتسبب لا يضمن إلا إذا تعدى ، ولو أرسل دابة يضمن ما أصابت فى فورها ، سواء ساقها أولا لأنه متعد بإرسالها فى الطريق ، مع إمكان اتباعها أفاده فى النهاية ، لكن فى القهستانى ، وعن أبى يوسف أنه يضمن بكل حال وبه أخذ عامة المشايخ وعليه الفتوى اهـ

فعلى قول أبى يوسف لا فرق بين الدابة والكلب وعلى الأول لا يضمن ما أصابه الكلب فى فوره إلا إذا ساقه ، وما أصابته الدابة فى فورها يضمنه مطلقا ، وبه ظهر أن كلام المصنف جار على القول الأول ، لأنه اشترط فى الضمان السوق ، ولا يشترط ذلك إلا فى الكلب ، ولذا فسر الزيلعى وغيره البهيمة بالكلب وتبعه الشارح أخيرا لكن قوله : أو كلبا لا يناسبه خصوصا مع قوله الآتى والمراد بالدابة الكلب (قوله فسائق حكما) لأن سيرها مضاف إليه ما دامت تسير على سننها ، ولو انعطفت يمنة أو يسيرة انقطع حكم الإرسال إلا إذا لم يكن طريق آخر سواه وكذا إذا وقفت ، ثم سارت وتمامه فى الهداية ، وإن ردها راد ضمن ما أصابت فى فعلها ذلك لأنه سائق لها ولا يرجع على سائقها إلا إذا كان بأمره إتقانى (قوله فالمراد بالسوق الخ) تفريع على قوله ، وكان خلفها سائقا لها ، والمتبادر من عباراتهم أنه المشى خلفها ، وإن لم يطردها ، ونقل المكى عن ملا على تقييده بطرده إياها ط ملخصا .

والمراد بالدابة الكلب زيلعى (وإن أرسل طيرا) ساقه أولا أو دابة (أو كلبا ولم يكن سائقا) له (أو انفلتت دابة) بنفسها (فأصابت مالا أو آدميا نهارا أو ليلا لا ضمان) فى الكل لقوله صلى الله عليه «العجماء جبار» أى المنفلتة هدر (كما لو جمحت) الدابة (به) أى بالراكب ولو سكران (ولم يقدر) الراكب (على ردها) فإنه لا يضمن كالمنفلتة لأنه حينئذ ليس بمسير لها فلا يضاف سيرها إليه حتى لو أتلفت إنسانا فدمه هدر عمادية:

(ومن ضرب دابة عليها راكب أو نخسها) بعود بلا إذن الراكب (فنفحت أو ضربت بيدها) شخصا (آخر) غير الطاعن (أو نفرت فصدمته وقتلته ضمن هو) أى الناخس (لا الراكب) وقال أبو يوسف: يضمنان نصفين كما لو كان موقفا دابته على الطريق

قلت: وفى غاية البيان عن الإسبيجابى يريد به إذا أرسله وضربه أو زجره عند ذلك حتى صار له سائقا (قوله والمراد بالدابة) الأولى البهيمة لأنه المذكور فى المتن والزيلعى وقد علمت وجه هذا التفسير وما فيه (قوله ساقه أولا) لأن بدله لا يحتمل السوق فلم يعتبر بخلاف البهيمة (قوله أو دابة أو كلبا ولم يكن سائقا له) أطلقه فشمل ما إذا أصاب الكلب شيئا فى فوره فلا يضمنه المرسل، بخلاف الدابة نهاية وقدمنا وجه الفرق وأن المفتى به الضمان مطلقا وعليه فالصواب إسقاط الشارح قوله أو دابة (قوله أو انفلتت دابة) ولو فى الطريق أو ملك غيره إتقانى (قوله أو ليلا) وقال الشافعى: إن ذهبت ليلا ضمن لأن العادة حفظها فيه فهو مفرط وتمامه فى المعراج (قوله العجماء جبار) أى فعلها إذا كانت منفلتة، وفى رواية الصحيحين، والإمام مالك وأحمد وأصحاب السنن: العجماء جرحها جبار ط والعجماء غلب على البهيمة مغرب (قوله أى المنفلتة) تقييد للعجماء لا تفسير لها كما لا يخفى اهح

قال الزيلعى بعد نقله ذلك عن محمد: وهذا صحيح ظاهر لأن المسوقة والمركوبة والمقودة فى الطريق أو فى ملك الغير أو المرسلة فى الطريق فعلها معتبر على ما بينا (قوله عمادية) لم يذكر فيها قوله حتى لو أتلفت إنسانا الخ، وإنما ذكر المصنف أنه أفتى به المولى أبو السعود العمادى مفتى الروم، لكنه لما كان مفهوما من كلام الفصول العمادية عزاء إليها هذا، وذكر الرملى أنهما لو اختلفا فى عدم القدرة على ردها ردها فالقول للخصم والبينة على مدعى العجز لان انكاره لأصل الضمان فى ضمن الدعوى لا يفيد بعد تحقق سببه تأمل اه ملخصا (قوله أو ضربت بيدها) أو كيفما أصابت اه خلاصة، فدخل ما إذا وطئت قال فى الهداية: ولو وثبت بنخسته على رجل أو أوطأته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب والواقف فى ملكه والذى يسير فيه سواء اه أى بخلاف الواقف فى الطريق لتعديه كفاية وسيأتى (قوله فصدمته) أى الآخر وقتلته: وفى التاترخانية: هذا إذا كانت النفحة والضربة والوثبة فى فور النخس، وإلا فلا ضمان عليه (قوله لا الراكب) لأنه غير متعد فترجح جانب الناخس فى التغريم للتعدى وتمامه فى الهداية (قوله وقال أبو يوسف) هو رواية عنه كما فى القهستانى وغيره (قوله كما لو كان موقفا دابته على الطريق) أى فنخسها رجل فقتلت آخر يضمنان نصفين، لأنه متعد بالإيقاف منح، وغيرها:

قال الرملى أقول: ظاهره ولو كان بغير إذنه إذ هو موضوع مسألة المتن التى الكلام عليها، والمصرح به فى الخلاصة والبزازية خلافه:

قال فى الخلاصة: وإن كان بإذنه فالضمان عليهما إلا فى النفحة بالرجل، والذنب فإنها جبار إلا إذا كان الراكب واقفا فى غير ملكه فأمر رجلا، فنخسها فنفحت رجلا، فالضمان عليهما وإن كان بغير إذنه، فالضمان كله على الناخس اه:

لتعديه في الإيقاف أيضا ، وكذا لو كان بإذنه ووطئت أحدا في فورها فدمه عليهما ؛ ولو نفحت الناخس فدمه هدر ولو ألقت الراكب فقتلته فديته على عاقلة الناخس ثم الناخس إنما يضمن لو الوطء فور النخس وإلا فالضمان على الراكب لانقطاع أثر النخس درر وبزازية (و) ضمن (في فقء عين دجاجة أو شاة قصاب) أو غيره (ما نقصها) لأنها للحم

ونقل ط عن المنتقى بالنون : رجل واقف على دابته في الطريق ، فأمر رجلا فنخسها فقتلت رجلا والآمر فدية الأجنبي عليهما ودم الآمر هدر ، ولو سارت عن موضعها ، ثم نفحت من فور النخسة ، فالضمان على الناخس فقط وإن لم تسر فنفحت الناخس وآخر فدية الأجنبي عليهما ونصف دية الناخس على الراكب اهـ ملخصا ؛

وبه علم أن ضمانهما مقيد أيضا بما إذا لم تسر من موضعها وإلا ضمن الناخس فقط كما لو نخس بلا إذن الراكب (قوله لتعديه في الإيقاف) فلو حرنت ووقفت فنخسها هو أو غيره لتسير فلا شيء عليهما نقله ط (قوله أيضا) أي كتعدى الناخس بالنخس ط (قوله ووطئت) أي في سيرها هداية والتقييد بالوطء لإخراج نحو النفحة فلا يضمنها الناخس بالإذن كما مر وفي الخانية : ولا يضمن الناخس ههنا مالا يضمنه الراكب من نفحة الرجل والذنب وغير ذلك اهـ (قوله فدمه عليهما) لأن سيرها حينئذ مضاف إليهما ، ثم هل يرجع الناخس على الراكب بما ضمن في الإيطاء لأنه فعله بأمره قيل نعم وقيل لا وصححه في الهدايـــة (قوله فديته على عاقلة الناخس) أي لو بغير إذنه فلو به لا يضمن خلاصة (قوله لو الوطء فور النخس) وكذا النفحة والضربة والوثبة كما قدمناه

[تتمة] : اقتصر على ذكر الناخس مع الراكب قال في متن الملتقى : وكذا الحكم في نخسها ومعها سائق أو قائد ، وإن نخسها شيء منصوب في الطريق ، فالضمان على من نصبه ، ولا فرق بين كون الناخس صبيا أو بالغا ، وإن كان عبدا فالضمان في رقبته ، وجميع هذا الفصل والذي قبله إن كان الهالك آدميا فالدية على العاقلة وإن غيره كدواب فالضمان في مال الجاني اهـ

وأما قول الهداية : ولو الناخس صبيا ففي ماله قال العلامة النسفي في الكافي : يحتمل أن يراد به إذا كانت الجناية على المال ، أو فيما دون أرش الموضحة

قلت : ويحتمل أن يراد به الصبي إذا كان من المعجم ، لأنه لا عاقلة لهم كفاية . وفي الدر المنتقى : وإنما خص النخس لأنه لو وضع يده على ظهر فرس عادته النفحة فنفح فأتلف لم يضمن ، بخلاف النخس ، لأن الاضطراب لازم له دون وضع اليد كما في البرجندي عن القنية اهـ

وفي التاترخانية وضع شيئا في الطريق فنفرت منه دابة فقتلت رجلا لا شيء على الواضع إذا لم يصب ذلك الشيء اهـ لكن في ط عن المحيط السرخسي : لو نفرت من حجر وضعه رجل على الطريق فالواضع بمنزلة الناخس اهـ (قوله وفي فقء عين دجاجة) مثلها الحمامة وغيرها من الطيور وكذا الكلب والسنور كما في الذخيرة قهستاني (قوله أو غيره) ولذا ترك ابن الكمال الإضافة إلى القصاب وقال لما فيها من مظنة الاختصاص خصوصا عند ملاحظة التعليل الآتي ذكره اهـ (قوله ما نقصها) فتقوم صحيحة العين ومفقوءة ، فيضمن الفضل قهستاني ، والنقصان شامل للحاصل بالهزال من فقء العين ط عن الواني (قوله لأنها اللحم) فلا يعتبر فيها إلا النقصان ابن كمال اهـ

أقول : لا يشمل نحو الكلب ، والسنور لكن ضمان النقصان في ذلك جار على الأصل في ضمان المتلفات ،

وفى عينيها يخير ربها إن شاء تركها على الفاقىء وضمنه قيمتها أو أمسكها وضمنه النقصان زيلعى (وفى عين بقرة جزار وجزوره) أى إبله فائدة الإضافة عدم اعتبار الإعداد للحم فى الحكم الآتى ابن كمال (وحمار وبغل وفرس ربع القيمة) لأن إقامة العمل ، إنما يمكن بأربع أعين عيناها وعينا مستعملها فصارت كأنها ذات أعين أربع وقال الشافعى رضى الله عنه كالشاة والفرق ماقدمناه لكن يرد عليه أنه لو فقأ عينى حمار مثلا أنه يضمن نصف قيمته وليس كذلك كما مر :

فالأولى التمسك بما روى « أنه صلى الله عليه وسلم قضى فى عين الدابة بربع القيمة والتقييد بالعين لأنه لو قطع أذنها أو ذنبها يضمن نقصانها ، وكذا لسان الثور والحمار وقيل جميع القيمة كما لو قطع إحدى قوائمها فإنه يضمن قيمتها وعليه الفتوى : أى لو غير مأكول وإن مأكولا خير كما مر فى العينين لكن فى العيون إن أمسكه لايضمنه شيئا عند أبى حنيفة وعليه الفتوى

أما ضمان ربع القيمة فيما يأتى ، فخلاف القياس عملا بالنص (قوله وفى عينيها الخ) هذا ذكره الزيلعى فى البقرة ونحوها ، وعلله بأن المعمول به النص ، وهو ورد فى عين واحدة فيقتصر عليه اه تأمل (قوله أى إبله) قال فى القاموس الإبل واحد يقع على الجمع ليس بجمع ولا اسم جمع وجمعه آبال اه فافهم (قوله فائدة الإضافة الخ) أى لئلا يتوهم أنهما لكونهما معدين للحم يكون حكمهما حكم الشاة بل سواء كانا معدين له أو للحرث أو الركوب ، ففيه ربع القيمة كما فى الذى لايؤكل لحمه منح (قوله وحمار) فى الخلاصة عن المنتقى مالا يحمل عليه لصغره كالفصيل والجحش ، فنى عينه ربع قيمته اه

قلت : والذى نقله القهستانى عن المنتقى إن فى نحو الفصيل النقصان تأمل ؛ ثم رأيت فى جامع الفصولين عن المنتقى كما فى الخلاصة (قوله والفرق ماقدمناه) أى فى قوله ، لأن إقامة العمل قال فى الهداية : ولنا ماروى « أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى فى عين الدابة بربع القيمة » وهكذا قضى عمر رضى الله تعالى عنه ، لأن فيها مقاصد سوى اللحم كالركوب والزينة والحمل والعمل ، فمن هذا الوجه تشبه الآدمى وقد تمسك للأكل ، ومن هذا الوجه تشبه المأكولات فعملنا بالشبهين بشبه الآدمى فى إيجاب الربع وبالشبه الآخر فى نفى النصف ، ولأنه إنما يمكن إقامة العمل بها بأربعة أعين الخ (قوله لكن يرد عليه) أى على الفرق المذكور قال فخر الإسلام : والمعتمد هو التعليل الأول أى الذى قدمناه عن الهداية ، لأن العينين لايضمنان بنصف القيمة إتقانى : أى وأما التعليل بأنها صارت كذات أربعة أعين فإنه يلزم منه ضمان العينين بنصف القيمة (قوله أنه يضمن) بدل من قوله : أنه لو فقأ والمصدر فاعل لفعل محذوف ، هو جواب لو تقديره يلزم أنه يضمن تأمل (قوله وليس كذلك) أى لايضمن النصف كما صرح به شراح الهداية ، لكن نقل القهستانى القول بضمان النصف عن فخر القضاة (قوله كما مر) أى عن الزيلعى ، وقدمنا أنه علله بأن المعمول به النص وهو ورد فى عين واحدة ، فيقتصر عليه ؛

وحاصله : أن ضمان العين بالربع مخالف للقياس ، فلا يقاس عليه بل يقتصر على النص ولذا قال فالأولى التمسك بما روى الخ (قوله والتقييد بالعين) أى تقييد المصنف بقوله وفى عين بقرة (قوله وقيل جميع القيمة) أى لفوات الاعتلاف ، وفى تحفة الأقران والقنية جزم بهذا وحكى الآخر بقيل اه سائحانى (قوله أى لو غير مأكول) لأن ذلك استهلاك له من كل وجه هداية (قوله وإن مأكولا خير) أى بين تركها على القاطع ، وتضمينه قيمتها ، وبين إمساكها ، وتضمينه النقصان قال فى غصب الهداية : وهذا ظاهر الرواية عن أبى حنيفة وعنه لو شاء أخذها ولا شىء له والأول أصح اه وعليه المتون والشروح ، وقدمنا الكلام عليه فى الغصب (قوله لكن فى العيون إن أمسكه لايضمنه شيئا الخ) أى ليس له أن يمسك المأكول ، ويضمن النقصان ، وعليه فلا فرق بين المأكول وغيره وقد علمت أن هذا رواية عن أبى حنيفة وظاهر الرواية التخيير فى المأكول ، وهو الأصح كما مر ، وبه يفتى كما

وعرجها كقطعها :

[فروع] نقل المصنف عن الدرر له كلب يأكل عنب الكرم فأشهد عليه فيه فلم يحفظه حتى أكل العنب لم يضمن وإنما يضمن فيما أشهد عليه فيما يخاف تلف بنى آدم كالحائط المائل ونطح الثور وعقر كلب عقور فيضمن إذا لم يحفظه اه ه

قال المصنف ويمكن حمل المتلف فى قول الزيلعى وإن أتلف الكلب فعلى صاحبه الضمان إن كان تقدم عليه قبل الإتلاف وإلا فلا كالحائط المائل على الآدمى اه فيحصل التوفيق :

قلت : وقد وقع الاستفتاء عمن له نحل يضعه فى بستانه فيخرج فيأكل عنب الناس وفواكههم هل يضمن رب النحل ما أتلفه النحل من العنب ونحوه أم لا وهل يؤمر بتحويله عنهم إلى مكان آخر أم لا :

وجوابه : أنه لايضمن ربه شيئا مطلقا أشهدوا عليه أم لا أخذا من مسأله الكلب بل أولى وكذا ذكره المصنف فى معينه :

لكن رأيت فى فتواه أنه أفتى بالضمان فى مسألة النحل فراجعه عند الفتوى وأما تحويله عن ملكه فلا يؤمر بذلك على ما هو ظاهر المذهب :

وأما جواب المشايخ فينبغى أن يؤمر بتحويله إذا كان الضرر بينا

فى جامع الفصولين حيث قال : وعن أبى جعفر لو أخذ الشاة فلا شيء له ، ويفتى بظاهر الرواية لكن نقل بعده أن مايؤكل وغيره ، سواء فى ظاهر الرواية فلو أمسكه فلا شيء له قال : وهذا يؤيد ماحكى عن أبى جعفر اه :

أقول : وحيث اختلف النقل عن ظاهر الرواية والإفتاء فالعمل على ماعليه المتون والشروح ، وصححه فى الهداية والله تعالى أعلم (قوله وعرجها كقطعها) قال فى جامع الفصولين ، ولو ضرب دابة فصارت عرجاء فهو كالقطع اه (قوله فيحصل التوفيق) كأنه فهم من كلام الدرر أنه لايضمن فى الكلب غير الآدمى ، وهذا غير مراد وإنما معنى كلامه أن مايخاف منه تلف الآدمى فالإشهاد فيه موجب للضمان إذا أعقبه تلف ، سواء كان المتلف مالا أو آدميا ومالا يخاف منه تلف الآدمى بل يخاف منه تلف المال فقط كعنب الكروم ، فلا يفيد فيه الإشهاد ، ويدل عليه تشبيهه بالحائط المائل ، فإن الإشهاد فيه موجب لضمان المال والنفس اه رملى وهو كلام حسن دافع للمخالفة من أصلها فيحمل كلام الزيلعى على الإتلاف مطلقا ؛ لأن المراد بالكلب الواقع فى كلامه الكلب العقور كما صرح به ، فهو مما يخاف منه تلف الآدمى كالحائط المائل والثور النطوح ، بخلاف كلب العنب .

قلت : وهذا كله مخالف لما قدمه الشارح فى آخر باب القود فيما دون النفس عن القاضى بديع أن الإشهاد لايكون إلا فى الحائط لافى الحيوان اه :

وقد أفتى فى الخيرية بالضمان بعد الإشهاد فى حصان اعتاد الكدم وكذا فى ثور نطوح قال وفى البزازية عن المنية فى نطح الثور يضمن بعد الإشهاد النفس والمال اه وفى المسألة خلاف والأكثر على الضمان كالحائط المائل اه وأفتى به فى الحامدية أيضا (قوله قلت الخ) من مقول المصنف أيضا فى المنح (قوله أخذا من مسألة الكلب) أى كلب العنب فإنه ليس مما يخاف منه تلف الآدمى (قوله بل أولى) لأنه طير وقد تقدم أنه لايضمن ، إذا أرسل طيرا ساقه أولا بخلاف الدابة والكلب ، وهنا لم يرسله ولم يسقه أصلا فعدم الضمان فيه أولى ، ولأن النحل مأذونة من الله تعالى بقوله تعالى : ثم كلى من كل الثمرات : (قوله فى معينه) أى فى كتابه المسمى معين المفتى (قوله فراجعه عند الفتوى) قد علمت أن الموافق للمنقول صريحا ودلالة هو الأول فعليه المعول (قوله على ماهو ظاهر المذهب) وهو ماقدمه آخر كتاب القسمة من أن له التصرف فى ملكه ، وإن تضرر جاره (قوله وأما جواب المشايخ) من أنه يمنع إذا

على ماعليه الفتوى :

وفى الصيرفية حمار يأكل حنطة إنسان فلم يمنعه حتى أكل الصحيح ضمانه أدخل غنما أو ثورا أو فرسا أوحمارا فى زرع أو كرم إن سائقا ضمن ما أتلف وإلا لا وقيل يضمن وتمامه فى البزازية اه :

باب جناية المملوك والجناية عليه

اعلم أن جنايات المملوك لا توجب إلا دفعا واحدا لو محلا وإلا فقيمة واحدة ولو فدى القن ثم جنى فكالأول ثم وثم بخلاف المدبر وأختيه فإنها لا توجب إلا قيمة واحدة وسيتضح (جنى عبد خطأ) التقييد بالخطأ هنا إنما يفيد فى النفس

كان الضرر بينا (قوله على ماعليه الفتوى) الأوضح وهو ماعليه الفتوى ط (قوله حمار يأكل حنطة إنسان الخ) ظاهره ولو كان الحمار لغير الرائى ، وهو المستفاد من كلامه فى كتاب اللقطة ، والذى فى القنية وغيرها رأى حماره الخ بالإضافة إلى ضمير الرائى تأمل :

ثم رأيت فى حاشية الرملى على جامع الفصولين فى أحكام السكوت مانصه أقول فلو رأى حمار غيره يأكل حنطة الغير فلم يمنعه صارت واقعة الفتوى فأجبت بأنه لايضمن والفرق ظاهر وهو أن فعل حماره ينسب إليه مع رجوع المنفعة له ، وإمكان دفعه فقوبت علة الضمان بخلاف حمار الغير تأمل (قوله وقيل يضمن) أى وإن لم يسقها قياسا على مالإذا كان فى داره بعير ، فأدخل عليه آخر بعيرا مغتلما أولا فقتل بعيره إن بلا إذن صاحبها يضمن كما فى البزازية ، والمغتلم الهائج :

أقول : ويظهر أرجحية هذا القول لموافقته لما مر أول الباب من أنه يضمن ماأحدثته الدابة مطلقا إذا أدخلها فى ملك غيره بلا إذنه لتعديه ، وأما إذا لم يدخلها فنى الهداية ولو أرسل بهيمة فأفسدت زرعا على فورها ضمن المرسل وإن مالت يمينا أو شمالا وله طريق آخر لايضمن لما مر اه (قوله وتمامه فى البزازية) من ذلك ماقدمناه آنفا ومنه قوله سائق حمار الحطب إذا لم يقل إليك ، إنما يضمن إذا مشى الحمار إلى جانب صاحب الثوب ، لافى عكسه وهو يراه ولم يتباعد عنه ووجد فرصة الفرار :

وجد فى زرعه دابة فأخرجها فهلكت فالمختار إن ساقها بعد الإخراج يضمن وإلا لا والدار كالزرع لأنها تضره بخلاف المربط لأنه محلها :

ربط حماره فى سارية فربط آخر حماره فعض حمار الأول إن فى موضع لهما ولاية الربط لايضمن وإلا ضمن اه ملخصا والله تعالى أعلم :

باب جناية المملوك والجناية عليه

لما فرغ من جناية المالك وهو الحر ، شرع فى جناية المملوك ولما كانت جناية البهيمة باعتبار الراكب وأخويه وهم ملاك قدمها (قوله لاتوجب إلا دفعا واحدا) أى وإن كانت كثيرة فى أشخاص متعددة (قوله لو محلا) أى للدفع بأن كان قنا لم ينعقد له شىء من أسباب الحرية كالتدبير والاستيلاد والكتابة زيلعى (قوله وإلا فقيمة واحدة) أى إن لم يكن محلا للدفع بأن انعقد له شىء مما ذكرنا توجب جنايته قيمة واحدة ، ولا يزيد عليها وإن تكررت الجناية زيلعى (قوله فكالأول) أى يخير بين الدفع والفداء (قوله وأختيه) أى أم الولد والمكاتب (قوله إنما يفيد) أى يفيد التخيير الآتى (قوله فى النفس) أى نفس الآدمى وفى ٩ من التاترخانية فرق بين الجناية على الآدمى أو على المال

لأن بعمده يقتص وأما فيما دونها فلا يفيد لاستواء خطئه وعمده فيها دونها ، ثم إنما يثبت الخطأ بالبينة أو إقرار مولاه ، أو علم القاضى لابإقراره أصلا بدائع :

قلت : لكن قوله أو علم القاضى على غير المفتى به ، فإنه لا يعمل بعلم القاضى فى زماننا شرنبلالية عن الأشباه وتقدم (دفعه مولاه) إن شاء (بها فيملكه وليها أو) إن شاء (فداه بأرشها حالا) لكن الواجب الأصل هو الدفع على الصحيح ولذا سقط الواجب بموته بخلاف موت الحر كما ذكره المصنف وغيره :

لكن في الشرنبلالية عن السراج والجوهرة البزدوى أن الصحيح أنه الفداء حتى لو اختاره ولم يقدر عليه

فنى الأول خير المولى بين الدفع ، والفداء ، وفى الثانى بين الدفع والبيع اه :

وفى القنية عن خواهر زاده محجور جنى على مال فباعه المولى بعد علمه بالجناية فهو فى رقبته يباع فيها على من اشتراه بخلاف الجناية على النفس اه وقدمنا تمام الكلام عليه فى أول كتاب الحجر (قوله لأن بعمده) حذف اسم أن والأولى ذكره ويكون الضمير للشأن ط (قوله فيما دونها) أى دون النفس فإنه يجب المال فى الحالين إذ القصاص لايجرى بين العبيد والعبيد ، ولا بين العبيد والأحرار فيما دون النفس عناية (قوله لابإقراره أصلا) أى ولو بعد العتق :

قال فى الشرنبلالية عن البدائع : وإذا لم يصح إقراره لايؤاخذ به لافى الحال ولا بعد العتق وكذا لو أقر بعد العتاق أنه كان جنى فى حال الرق لاشىء عليه اه وشمل المحجور والمأذون ، وهو ماجرى عليه فى الولوالجية ، والذى قدمه الشارح في باب القود فيما دون النفس عن الجوهرة أنه يؤاخذ به بعد العتق .

أقول : وفى حجر الجوهرة ، لو أقر العبد بقتل الخطأ لم يلزم المولى شىء ، وكان فى ذمة العبد يؤخذ به بعد الحرية كذا فى الخجندى ، وفى الكرخى أنه باطل ، ولو أعتق بعده لايتبع بشىء من الجناية ، أما المحجور فلأنه إقرار بمال ، فلا ينقلب حكمه كإقراره بالدين وأما المأذون فإقراره جائز بالديون التى لزمته بسبب التجارة ، لأنها هى المأذون فيها ، بخلاف الجناية فهو كالمحجور فيها اه (قوله وتقدم) أى قبيل متفرقات القضاء (قوله دفعه مولاه إن شاء الخ) أى إنه يخير تخفيفا له إذ لاعاقلة لمملوكه إلا هو غرر الأفكار (قوله حالا) أى كائنا كل من الدفع والفداء على الحلول ، لأن التأجيل فى الأعيان باطل والفداء بدله ، فله حكمه ؛ ومفاده أن الخيار للمولى ، ولو مفلسا فإذا اختار المفلس الفداء يؤديه متى وجد ، ولا يجبر على دفع العبد عنده ، خلافا لهما كما فى المجمع در منتقى (قوله لكن الواجب الأصلى الخ) جواب عما يقال لو وجبت الجناية فى ذمة المولى ، حتى وجب التخيير لماسقط بموت العبد كما فى الحر الجانى إذا مات فإن العقل لا يسقط عن عاقلته :

ووجهه أن الواجب الأصلى : هو الدفع وإن كان له حق النقل إلى الفداء كما فى مال الزكاة فإن الموجب الأصلى فيه جزء من النصاب وللمالك أن ينقل إلى القيمة عناية (قوله على الصحيح) كذا فى الهداية والزيلعى وأقره غيره من الشراح (قوله ولذا سقط الواجب بموته) أى قبل اختيار الفداء وأما بعده فلا لانتقاله إلى ذمة المولى غرر الأفكار ، وأطلق المولى فشمل ما إذا كان بآفة سماوية أو بعثه المولى فى حاجته أو استخدمه ، لأن له حق الاستخدام فى العبد الجانى ، ما لم يدفعه فلا يكون تعديا معراج عن المبسوط ، أما لو قتله صار مختارا الأرش ، ولو قتله أجنبى فإن عمدا بطلت الجناية وللمولى أن يقتص ، وإن خطأ أخذ المولى القيمة ودفعها إلى ولى الجناية ولا يخير حتى لو تصرف فى تلك القيمة لايصير مختارا للأرش جوهرة (قوله لكن فى الشرنبلالية الخ) هذا غير المشهور فنى العناية وغيرها عن الأسرار ، أن الرواية بخلافه فى غير موضع ، وقد نص محمد بن الحسن أن الواجب هو العبد (قوله والجوهرة)

أداه متى وجد ، ولم يبرأ بهلاك العبد ، وعلله الزيلعي وغيره ، بأنه اختار أصل حقهم ، فبطل حقهم فى العبد عند أبي حنيفة اه ، ومفاده أن الأصل عنده الفداء لا الدفع وأفاد شارح المجمع فى تعليل الإمام أن الواجب أحدهما وأنه متى اختار أحدهما تعين لكنه قدم أن الدفع هو الأصل وأنه ليس فى لفظ الكتاب دلالة عليه (فإن فداه فجنى بعده فهى كالأولى) حكما (فإن جنى جنايتين دفعه بهما إلى وليهما أو فداه بأرشهما وإن وهبه) أو أعتقه أو دبره أو استولدها المولى (أو باعه غير عالم بها) بالجناية (ضمن الأقل من قيمته و) الأقل (من الأرش وإن علم بها غرم الأرش) فقط إجماعا (كبيعه) عالما بها (وكتعليق عتقه بقتل زيد أو رميه أو شجه ففعل) العبد ذلك

عطف على السراج وقوله عن البزدوى متعلق بكل من السراج والجوهرة كما يعلم من الشرنبلالية اه ح (قوله وعلله الزيلعي الخ) أى علل الحكم وهو صحة الاختيار وإن لم يكن قادرا كما يفهم من عبارته (قوله أصل حقهم) أى حق أولياء الجناية (قوله ومفاده) أى مفاد تعليل الزيلعي بما ذكر ، فهو مبنى على التصحيح الثانى ، لكن الزيلعي صرح أولا بتصحيح الأول كالهداية وغيرها وهو المنصوص عن محمد كما علمت (قوله وأفاد الخ) هذا قول ثالث وفى الشرنبلالية عن البدائع ، ولو كان الواجب الأصلى التخيير لتعين الفداء عند هلاك العبد ، ولم يبطل حق المجنى عليه على ما هو الأصل فى المخير بين شيئين إذا هلك أحدهما أنه يتعين عليه الأخر ، فليس هذا القول بسديد اه (قوله وأنه الخ) معطوف على أن الدفع والمراد بالكتاب متن المجمع ورد شارحه بهذا على مصنفه فى ادعائه ، أن فى لفظ متنه ما يفيده ط ملخصا (قوله فإن فداه) قيد به لأنه إذا لم يفده فجنى أخرى كان عين المسألة الثانية : وهى قوله فإن جنى جنايتين الخ كفاية (قوله فهى كالأولى) لأنه لما طهر عن الجناية بالفداء جعل كأن لم تكن وهذا ابتداء جناية هداية (قوله دفعه بهما الخ) فيقتسمانه على قدر أرش جنايتهما وان كانوا جماعة يقتسمونه على قدر حصصهم ، وإن فداه فداه بجميع أروشهم ، ولو قتل واحدا وفقأ عين آخر يقتسمانه أثلاثا لأن أرش العين على النصف من أرش النفس ، وعلى هذا حكم الشجات ، وللمولى أن يفدى من بعضهم ويدفع إلى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد وتمامه فى الهداية (قوله وإن وهبه الخ) الأصل أنه متى أحدث فيه تصرفا يعجزه عن الدفع عالما بالجناية يصير مختارا للفداء وإلا فلا فمثال الأول ما ذكره ، ومثال الثانى وطء الثيب من غير إعلاق لأنه لاينقص ، وكذا التزويج والاستخدام وكذا الإجارة والرهن على الأظهر لأن الإجارة تنقض بالأعذار ، وقيام حق ولى الجناية فيه عذر ، ولتمكن الراهن من قضاء الدين ، فلم يعجز وكذا الإذن بالتجارة ، وإن ركبه دين لأن الإذن لايفوت الدفع ولا ينقص الرقبة إلا أن لولى الجناية أن يمتنع من قبوله لأن الدين من حقه من جهة المولى فيلزم المولى قيمته اه من الهداية والعناية (قوله أو باعه) أى بيعا صحيحا ، ولو بخيار للمشترى لا لو فاسدا إلا إذا سلمه ، لأن الملك لايزول إلا به ولالو الخيار للبائع ثم نقضه أفاده الزيلعي وغيره (قوله ضمن الأقل الخ) لأنه فوّت حقه ، فيضمنه وحقه فى أقلهما ، ولا يصير مختارا للفداء ، لأنه لا اختيار بدون العلم هداية ، والدليل على أن حقه أقلهما أنه ليس له المطالبة بالأكثر كفاية (قوله كبيعه) يجب اسقاطه لأنه تشبيه الشيء بنفسه اه ح :

قلت : يمكن أن يراد بيعه للمجنى عليه ، فيكون فيه نوع مغايرة لما قبله قال فى الاختيار : وكذا لو باعه من المجنى عليه كان اختيارا لا لو وهبه لأن للمستحق أخذه بغير عوض وقد وجد فى الهبة دون البيع اه (قوله وكتعليق عتقه) لأن تعليق عتقه مع علمه بأنه يعتق عند القتل دليل اختياره فلزمه الدية منح (قوله بقتل زيد الخ) أى بجناية توجب الدية فلو علقه بغير جناية كأن دخلت الدار ، ثم جن ثم دخل أو بجناية توجب القصاص كأن ضربته بالسيف

كما يصير فارا بقوله إن مرضت فأنت طالق ثلاثا ،

(وإن قطع عبد يد حر عمدا ودفع إليه فأعتقه فمات من السراية فالعبد صلح بها) أى بالجناية لأن عتقه دليل تصحيح الصلح (وإن لم يعتقه) وقد سرى (رد على سيده فيقتل أو يعفى) لبطلان الصلح .

(فإن جنى مأذون له مديون خطأ فأعتقه سيده بلاعلم بها غرم لرب الدين الأقل من قيمته ومن دينه و) غرم (لوليها الأقل منها) أى القيمة (ومن الأرش ولو أتلفه) أى العبد الجانى (أجنبى فقيمة واحدة لمولاه) لا غير (فإن ولدت مأذونة مديونة بيعت مع ولدها فى الدين) إن كانت الولادة بعد لحوق الدين ، فلو ولدت ثم لحقها دين لم يتعلق حق الغرماء بالولد بخلاف أكسابها (فإن جنت فولدت لم يدفع الولد له) أى لولى الجناية لتعلقها بذمة المولى لا ذمتها بخلاف الدين (عبد) لرجل .

فأنت حر فلا شىء على المولى اتفاقا لعدم علمه بالجناية عند التعليق بغيرها ، ولأن مايوجب القصاص ، فهو على العبد وذلك لايختلف بالرق والحرية ، فلم يفوت المولى على ولى الجناية بتعليقه شيئا عناية ملخصا (قوله كما يصير فارا) أى من إرث زوجته لأنه يصير مطلقا بعد وجود المرض (قوله لأن عتقه دليل تصحيح الصلح) لأن العاقل يقصد تصحيح تصرفه ولا صحة له إلا بالصلح عن الجناية وما يحدث منها زيلعى (قوله فيقتل أو يعفى) بالبناء للمجهول والضمير ان للعبد وصلة يعفى مقدرة (قوله لبطلان الصلح) لأنه وقع على المال وهو العبد عن دية اليد إذ القصاص لا يجرى بين الحر والعبد فى الأطراف ، وبالسراية ظهر أن دية اليد غير واجبة ، وأن الواجب هو القود ، فصار الصلح باطلا لأن الصلح لابد له من مصالح عنه والمصالح عنه المال ولم يوجد زيلعى

قال ط : وظاهر هذا التعليل أن رد العبد واجب على ولى الدم رفعا للعقد الباطل اهـ وفى العناية وسماه صلحا بناء على مااختاره بعض المشايخ أن الموجب الأصلى هو الفداء (قوله فأعتقه سيده) أما إذا لم يعتقه فهو مخير قال فى العناية ، والأصل أن العبد إذا جنى وعليه دين يخير المولى بين الدفع والفداء ، فإن دفع بيع فى دين الغرماء ، فإن فضل شىء كان لأصحاب الجناية لأنه بيع على ملكهم ، وإن لم يف بالدين تأخر إلى حال الحرية كما لو بيع على ملك المولى الأول اهـ ملخصا (قوله بلا علم) قيد به لأنه لو علم كان مختارا للفداء ، فعليه دية الجناية لوليها وقيمة العبد لرب الدين (قوله الأقل من قيمته الخ) وأما قول الهداية وغيرها عليه قيمتان قيمة لرب الدين وقيمة لولى الجناية فالمراد إذا كانت القيمة أقل من الأرش كما صرح به فى العناية (قوله أى العبد الجانى) أى المأذون الذى تقدم ذكره اهـ ح (قوله فقيمة واحدة لمولاه) أى ويدفعها للغرماء لأنها مالية العبد والغريم مقدم فى المالية على ولى الجناية وتمامه فى الزيلعى : وإنما لزم الأجنبى قيمة واحدة دون المولى ، لأنه لم يكن مأخوذا بالدفع ، ولا بقضاء الدين ، فلا يجب عليه أكثر مما أتلفه أما المولى فهو مطالب بذلك إتقانى (قوله بخلاف أكسابها) فإنها يتعلق بها حق الغرماء قبل الدين وبعده ، لأن لها يداً معتبرة فى الكسب منح (قوله لم يدفع الولد له الخ) قال فى العناية : الفرق بين ولادة الأمة بعد استدانتها وبين ولادتها بعد جنايتها فى أن الولد يباع معها فى الأولى ، دون الثانية أن الدين وصف حكمى فيها واجب فى ذمتها متعلق برقبتها استيفاء ، حتى صار المولى ممنوعا من التصرف فى رقبتها ببيع أو هبة أو غيرهما ، فكانت أى الاستدانة من الأوصاف الشرعية القارة ، فتسرى إلى الولد كالكتابة والتدبير والرهن ، وأما موجب الجناية فالدفع أو الفداء وذلك فى ذمة المولى لا فى ذمتها ، حتى لم يصر المولى ممنوعا من التصرف فى رقبتها ببيع أو هبة أو استخدام وإنما يلاقيها أثر الفعل الحقيقى الحسى ، وهو الدفع فلا يسرى ، لكونه وصفا غير

(زعم رجل أن سيده حرره فقتل) العبد المعتق (وليه) أى ولى الزاعم عتقه (خطأ فلا شيء للحر عليه) لأنه بزعمه عتقه أقر أنه لا يستحق العبد ، بل الدية لكنه لا يصدق على العاقلة إلا بحجة (فإن قال معتق) رقه معروف لرجل (قتلت أخاك) يخاطب به مولاه الذى أعتقه (خطأ قبل عتقى فقال الأخ) الذى هو المولى (لا بل بعده صدق الأول) لأنه منكر للضمان (وإن قال لها قطعت يدك وأنت أمتى وقالت) هى لا بل (فعلت بعد العتق فالقول لها) لأنه أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول له (وكذا القول لها فى كل ما أخذه) المولى (منها) من المال لما ذكرنا استحسانا (إلا الجماع والغلة) فالقول له لإسناده لحالة معهودة منافية للضمان :

(عبد محجور أو صبى أمر صبيا بقتل رجل فقتله فديته على عاقلة القاتل) لأن عمد الصبى خطأ (ورجعوا على العبد بعد عتقه) وقيل لا (لا على الصبى الآمر

قار حصل عند الدفع والسراية فى الأوصاف الشرعية دون الأوصاف الحقيقية اهـ (قوله زعم رجل) أى أقر (قوله فقتل) ذكر الإقرار بالحرية قبل الجناية وفى المبسوط بعدها ، ولا تفاوت بينهما عناية (قوله المعتق) أى فى زعمه (قوله فلا شيء للحر) أى الزاعم (قوله عليه) الأولى حذفه لأنه لا شيء على العاقلة ط (قوله لأنه بزعمه الخ) عبارة الهداية لأنه لما زعم أن مولاه أعتقه ، فقد ادعى الدية على العاقلة ، وأبرأ العبد والمولى إلا أنه لا يصدق على العاقلة من غير حجة اهـ وإنما كان إبراء للمولى ، لأنه لم يدع على المولى بعد الجناية إعتاقا ، حتى يصير المولى به مختارا للفداء مستهلكا حق المجنى عليه بالإعتاق كفاية (قوله لا يستحق العبد) أى دفعه أو فداءه (قوله بل الدية) لأنه موجب جناية الأحرار (قوله على العاقلة) وهم قبيلة السيد المعتق كما سيأتى فافهم (قوله يخاطب به مولاه الخ) تبع فيه المصنف وهو غير لازم

وعبارة الملتقى والدرر قال معتق : قتلت أخا زيد ونحوه فى الهداية وغيرها ، والخطب سهل إذ لا فرق يظهر بين المولى والأجنبى ، لأن قول المولى بل قتلته بعد العتق يريد به الزام الدية على عاقلة القاتل ، وهم قبيلة المولى لأنها عاقلة المعتق لا على نفسه فقط فافهم (قوله لأنه منكر للضمان) لأنه أسنده إلى حالة معهودة منافية للضمان إذ الكلام فيما إذا عرف رقه ، فصار كما إذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتى وأنا صبى أو مجنون وكان جنونه معروفا كان القول له هداية (قوله فلا يكون القول له) وهذا لأنه ما أسنده إلى حاله منافية للضمان ، لأنه يضمن يدها لو قطعها وهى مديونة هداية (قوله من المال) أى مال لم يكن غلة كمال وهب لها أو أوصى لها به ط (قوله إلا الجماع والغلة) أى إذا قال جامعتها قبل الإعتاق ، أو أخذت الغلة قبله لا يكون القول قولها ، لأن وطء المولى أمته المديونة لا يوجب العقر ، وكذا أخذه من غلتها ، وإن كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه ، فحصل الإسناد إلى حالة معهودة منافية بالضمان ابن كمال واستثنى فى الشرنبلالية عن المواهب والزيلعى ما كان قائما بعينه فى يد المقر لأنه متى أقر أنه أخذه منها فقد أقر بيدها ، ثم ادعى التملك عليها وهى تنكر ، فكان القول للمنكر فلذا أمر بالرد اهـ (قوله عبد محجور) قيد بالعبد لأنه لو كان الآمر حرا بالغا ترجع عاقلة الصبى على عاقلة الآمر وبالمحجور ، لأنه لو كان الآمر مكاتبا بالغا ترجع عاقلة الصبى عليه بأقل من قيمته ، ومن الدية بخلاف ما إذا كان الآمر عبدا مأذونا حيث لا يرجعون عليه إلا بعد العتق كفاية (قوله ورجعوا على العبد بعد عتقه) لأن عدم اعتبار قوله كان لحق المولى لا لنقصان الأهلية ، وقد زال حق المولى بالإعتاق زيلعى ، وهذا ما ذكره الصدر الشهيد وقاضيخان فى شرحيهما وفيه نظر ، لأنه خلاف الرواية فى الزيادات إتقانى (قوله وقيل لا) هذه هى رواية الزيادات قال الزيلعى لأن هذا ضمان جناية وهو على المولى لا على العبد وقد تعذر إيجابه على المولى لمكان الحجر ، وهذا أوفق للقواعد

أبدا) لقصور أهليته (وإن كان مأمور العبد) عبدا (مثله دفع سيد القاتل أو فداه فى الخطأ ولا رجوع له على الآمر فى الحال ويرجع بعد العتق بالأقل من الفداء وقيمة العبد) لأنه مختار فى دفع الزيادة لامضطر (وكذا) الحكم فى العمد (إن كان العبد القاتل صغيرا) لأن عمده خطأ (فإن كبيرا اقتص) منه :

(عبد حفر بئرا فأعتقه مولاه ثم وقع فيها إنسان أو أكثر فهلك فلا شيء عليه) لأن جناية العبد لا توجب عليه شيئا (ويجب على المولى قيمة واحدة) ولو الواقع ألفا زيلعى (فإن قتل) عبد (عمدا) رجلين (حرين لكل منهما) (وليان فعفا أحد ولى كل منهما دفع السيد نصفه إلى الحرين) اللذين لم يعفوا (أو فداه بدية) كاملة لأنه بذلك العفو سقط القود وانقلب مالا ، وهو ديتان وسقط دية نصيب العافيين وبقى دية نصيب الساكتين أو يدفع نصفه لهما :

(فإن قتل) العبد أحدهما عمدا والآخر خطأ وعفا أحد ولى العمد فدى بدية لولى الخطأ ونصفها لأحد ولى العمد الذى لم يعف (أو دفع إليهما وقسم أثلاثا عولا) عنده وأرباعا منازعة عندهما

اهـ وتمامه فيه (قوله أبداً) أى وإن بلغ (قوله عبدا مثله) لم يقيد بكونه محجورا أيضا لأنه يكتفى بكون الآمر محجورا فإذا أمر العبد المحجور العبد المأذون ، فالحكم كذلك ، أما لو كان الآمر عبدا مأذونا والمأمور عبدا محجورا ، أو مأذونا يرجع مولى العبد القاتل بعد الدفع ، أو الفداء على رقبة العبد الآمر فى الحال بقيمة عبده ، لأن الآمر بأمره صار غاصب للمأمور ، وتمامه فى الكفاية ولو كان المأمور حرا بالغا عاقلا فالدية على عاقلته ولا ترجع العاقلة على الآمر لأن أمره لم يصح زيلعى (قوله ويرجع بعد العتق الخ) على قياس القيل المار لا يجب شىء أفاده فالزيلعى (قوله وقيمة العبد) أى القاتل (قوله لأنه مختار الخ) أى إذا دفع الفداء وكان أزيد من قيمة العبد مثلا لا يرجع إلا بالقيمة لأنه غير مضطر فإنه لو دفع العبد أجبر ولى الجناية على قبوله (قوله فاعتقه) قيد به لأنه محل الوهم فإنه إذا لم يعتقه يكون الحكم كذلك

وفى الهندية وأجمعوا أن حافر البئر إذا كان عبدا قنا فدفع المولى العبد إلى ولى القتيل ثم وقع فيها آخر ومات فإن الثانى لايتبع المولى بشىء سواء دفع المولى إلى الأول بقضاء أو بغير قضاء وتمامه فيها ط (قوله ثم وقع فيها إنسان) فلو الوقوع قبل العتق وجبت الدية فإن وقع آخر يشارك ولى الأولى لكن يضرب الأول بقدر الدية ، والثانى بقدر القيمة مقدسى : أى لأن اختيار الفداء بالعتق وقع فى الأولى فوجبت الدية ولم يقع فى الثانية فلم تجب إلا القيمة وهذا لو العتق بعد العلم ، وإلا لم تلزمه إلا القيمة ، ويشارك ولى الثانية فيها ولى الأولى كما أفاده بعد اهـ سائحانى (قوله ويجب على المولى قيمة واحدة) اعتبارا لابتداء حال الجناية فإنه كان رقيقه ط (قوله إلى الحرين) عبارة المتن فى المنح إلى الآخرين وكذا فى الكنز والملتقى (قوله أو يدفع نصفه لهما) أو بمعنى إلا والفعل بعدها منصوب بأن مضمرة ، لئلا يتكرر مع المتن تأمل(قوله عولا عنده) تفسير العول ، هو أن تضرب كل واحد منهما بجميع حصته أحدهما بنصف المال والآخر بكله كفاية فثلثاه لولى الخطأ ، لأنهما يدعيان الكل وثلثه للساكت من ولى العمد لأنه يدعى النصف ، فيضرب هذان بالكل وذلك بالنصف (قوله وأرباعا منازعة عندهما) أى ثلاثة أرباعه لولى الخطأ وربعه لولى العمد ، بطريق المنازعة فيسلم النصف لولى الخطأ بلا منازعة ومنازعة الفريقين فى النصف الآخر فينصف فلهذا يقسم أرباعا منح :

وبيانه : أن الأصل المتفق عليه أن قسمة العين إذا وجبت بسبب دين فى الذمة كالغريمين فى التركة ونحوها فالقسمة بالعول ، والمضاربة لعدم التضايق فى الذمة فيثبت حق كل منهما كملا فيضرب بجميع حقه ، وإن وجبت لا بسبب دين فى الذمة كبيع الفضولى بأن باع عبد إنسان كله ، وآخر باع نصفه وأجازهما المالك ، فالعبد بين

(فإن قتل عبدهما قريبهما وإن عفا أحدهما بطل كله) وقالا : يدفع الذى عفا نصف نصيبه للآخر أو يفديه بربع الدية وقيل محمد مع الإمام ووجهه إنه انقلب بالعفو مالا والمولى لا يستوجب على عبده دينا فلا تخلفه الورثة فيه والله أعلم .

فصل فى الجناية على العبد

(دية العبد قيمته فإن بلغت هى دية الحر و) بلغت قيمة الأمة دية الحرة (نقص من كل) من دية عبد وأمة (عشرة) دراهم إظهارا لانحطاط رتبة الرقيق عن الحر وتعيين العشرة بأثر ابن مسعود رضى الله تعالى عنه وعنه من الأمة خمسة ، ويكون حينئذ على العاقلة فى ثلاث سنين خلافا لأبى يوسف (وفى الغصب تجب القيمة بالغة

المشترى بين أرباعا بطريق المنازعة ، لأن العين الواحدة تضيق عن الحقين على وجه الكمال ، وإذا ثبت هذا فقالا فى هذه المسألة ثلاثة أرباع العبد المدفوع لولى الخطأ وربعه للساكت من ولى العمد ، لأن حق ولى العمد كان فى جميع الرقبة فإذا عفا أحدهما بطل حقه ، وفرغ النصف فيتعلق حق ولى الخطأ بهذا النصف ، بلا منازعة ، بقى النصف الآخر واستوت فيه منازعة ولى الخطأ والساكت فنصف بينهم ، ولأبى حنيفة أن أصل حقهما ليس فى عين العبد بل فى الأرش الذى هو بدل المتلف ، والقسمة فى غير العين بطريق العول ، وهذا لأن حق ولى الخطأ فى عشرة آلاف وحق العافى فى خمسة فيضرب كل منهما بحصة كمن عليه ألفان لرجل وألف لآخر ومات عن ألف فهو بين الرجلين أثلاثا بخلاف بيع الفضولى ، لأن الملك يثبت للمشترى ابتداء عناية ملخصا (قوله فإن قتل عبدهما قريبهما) أى قتل عبد لرجلين قريبا لهما (قوله وقالا يدفع الخ) لأن نصيب من لم يعف لما انقلب مالا بعفو صاحبه صار نصفه فى ملكه ، ونصفه فى ملك صاحبه ، فما أصاب ملك صاحبه لم يسقط ، وهو الربع وما أصاب ملك نفسه سقط كفاية (قوله ووجهه) أى وجه الإمام أى وجه قوله قال فى الكفاية : له أن القصاص واجب لكل منهما فى النصف من غير تعيين ، فإذا انقلب مالا احتمل الوجوب من كل وجه بأن يعتبر متعلقا بنصيب صاحبه واحتمل السقوط من كل وجه ، بأن يعتبر متعلقا بنصيب لنفسه ، واحتمل التنصيف بأن يعتبر متعلقا بهما شائعا فلا يجب المال بالشك (قوله فلا تخلفه الورثة فيه) الواجب إسقاطه لأن المقتول ليس مولى للقاتل نعم يظهر هذا فى مسألة أخرى ذكرت هنا فى بعض نسخ الهداية والزيلعى حكمها حكم هذه المسألة : وهى ما لو قتل عبد مولاه وله ابنان ، فعفا أحدهما بطل كله خلافا لأبى يوسف لأن الدية حق المقتول ، ثم الورثة تخلفه والمولى لا يجب له على عبده دين فلا تخلفه الورثة فيه اهـ والذى أوقع الشارح صاحب الدرر والله سبحانه أعلم

فصل فى الجناية على العبد

(قوله فإن بلغت هى) أى قيمته (قوله بأثر ابن مسعود) وهو لا يبلغ بقيمة العبد دية الحر وينقص منه عشرة دراهم وهذا كالمروى عن النبى صلى الله عليه وسلم ، لأن المقادير لا تعرف بالقياس وإنما طريق معرفتها السماع من صاحب الوحى كفاية (قوله وعنه) أى عن أبى حنيفة وهى رواية الحسن عنه وهو القياس ، والأول ظاهر الرواية إتقانى (قوله من الأمة) أى ينقص من ديتها لا مطلقا كما ظن فإنه سهو در منتقى (قوله ويكون حينئذ على العاقلة الخ) أى يكون ما ذكر من دية العبد والأمة أى دية النفس ، لأن العاقلة لا تتحمل أطراف العبد كما سيأتى آخر المعاقل (قوله خلافا لأبى يوسف) حيث قال : تجب قيمته بالغة ما بلغت فى ماله فى رواية وعلى عاقلته فى أخرى وفى الجوهرة ، وقال أبو يوسف : فى مال القاتل لقول عمر : لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا

قلنا : هو محمول على ما جناه العبد لا على ما جنى عليه ، لأن ما جناه العبد لا تتحمله العاقلة ، لأن المولى

ما بلغت) بالإجماع (وما قدر من دية الحر قدر من قيمته) وحينئذ (ففى يده نصف قيمته) بالغة ما بلغت فى الصحيح درر ، وقيل لا يزاد على خمسة آلاف إلا خمسة جزم به فى الملتقى (وتجب حكومة عدل فى لحيته فى الصحيح وقيل كل قيمته :

(قطع يد عبد فحرره سيده فسرى فمات منه) وله (للعبد ورثة غيره) غير المولى (لا ينقص) لاشتباه من له الحق (وإلا) يكن له غير المولى (اقتص منه) خلافا لمحمد (قال) لعبديه (أحدكما حر فشجا فبين المولى العتق فى أحدهما) بعد الشج (فأرشهما للسيد) لأن البيان كالإنشاء ولو قتلا

أقرب إليه منهم اه (قوله وما قدر) أى ما جعل مقدرا من دية الحر : أى من أرشه فى الجناية على أطرافه جعل مقدرا من قيمة العبد كذلك ، وقوله : ففى يده نصف قيمته تفريع عليه ، لأن الواجب فى يد الحر مقدر من الدية بالنصف ، فيقدر فى يد العبد بنصف قيمته ، وكذلك يجب فى موضحته نصف عشر قيمته ، لأن فى موضحة الحر نصف عشر الدية كما ذكره فى العناية

قلت : ويستثنى من ذلك حلق اللحية ونحوه ففيه حكومة كما يأتى ، وكذا فقء العينين ، فإن مولاه مخير كما يأتى أيضا تأمل . وكذا ما فى الخانية لو قطع رجل عبد مقطوع اليد ، فإن من جانب اليد فعليه ما انتقص من قيمته مقطوع اليد ، لأنه اتلاف ولا يجب الأرش المقدر للرجل ، وان قطع لا من جانبها فنصف قيمته مقطوع اليد وتمامه فيها هذا ، وفى الجوهرة : الجناية على العبد فيما دون النفس لاتتحملها العاقلة لأنه أجرى مجرى ضمان الأموال اه أى فهو فى مال الجانى حالا كضمان الغصب والاستهلاك كما فى منية المفتى (قوله فى الصحيح) وهو ظاهر الرواية إلا أن محمدا قال فى بعض الروايات : القول بهذا يؤدى إلى أن يجب بقطع طرفه فوق ما يجب بقتله كما لو قطع يد عبد يساوى ثلاثين ألفا يضمن خمسة عشر ألفا كذا فى النهاية وغيرها من الشروح (قوله وجزم به فى الملتقى) وهو الذى فى عامة الكتب كالهداية والخلاصة ، ومجمع البحرين وشرحيه والاختيار ، وفتاوى الولوالجى ، والملتقى وفى المجتبى عن المحيط : نقصان الخمسة هنا باتفاق الروايات بخلاف فصل الأمة شلبى اه ط ويوافقه ما فى الظهيرية ، وجامع المحبوبى موضحة لعبد مثل موضحة الحر تقضى بخمسمائة درهم إلا نصف درهم ، ولو قطع أصبع عبد عمدا أو خطأ وقيمته عشرة آلاف ، أو أكثر فعليه عشر الدية إلا درهم معراج (قوله وتجب حكومة عدل فى لحيته) أى إذا لم تنبت قال فى البزازية : وفى العيون عن الإمام رحمه الله فى قطع أذنه أو أنفه أو حلق لحيته إذا لم تنبت قيمته تامة إن دفع العبد إليه وحكى القدورى فى شعره ولحيته الحكومة

قال القاضى : الفتوى فى قطع أذنه وأنفه وحلق لحيته إذا لم تنبت على لزوم نقصان قيمته كما قالا

والحاصل أن الجناية على العبد إن مستهلكة بأن كانت توجب فى الحر كمال الدية ، ففيه كمال القيمة وإن غير مستهلكة بأن أوجبت فيه نصف الدية ، ففيه نصف قيمته ، الأول : كقطع اليدين وأمثاله ، وقطع يد ورجل من جانب واحد والثانى : كقطع يد أو رجل أو قطع يد ورجل من خلاف وقطع الأذنين ، وحلق الحاجبين إذا لم ينبت فى رواية من قبيل الأول ، وفى أخرى من قبيل الثانى اه فتأمل (قوله فى الصحيح) لأن المقصود من العبد الخدمة لا الجمال منح (قوله لاشتباه من له الحق) لأن القصاص يجب عند الموت مستندا إلى وقت الجرح ، فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى ، وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه منح (قوله خلافا لمحمد) فعنده لا قصاص فى ذلك ، وعلى القاطع أرش اليد وما نقصه ذلك إلى أن أعتقه ، لأن سبب الولاية قد اختلف ، لأنه الملك على اعتبار حالة الجرح والوراثة بالولاء على اعتبار الأخرى ، فنزل منزلة اختلاف المستحق ، ولهما أنا تيقنا بثبوت الولاية للمولى ، ولا معتبر باختلاف السبب وتمامه فى الهداية (قوله لأن البيان كالإنشاء) أى

فدية حر وقيمة عبد لو القاتل واحدا معا وقيمتهما سواء وإن قتل كلا واحد معا أو على التعاقب ، ولم يدر الأول فقيمة العبدين زيلعى :

(فقأ) رجل (عينى عبد) خير مولاه إن شاء (دفع مولاه عبده) المفقوء للفاقئ (وأخذ) منه (قيمته) كاملة (أو أمسكه ولا يأخذ منه النقصان وقالا له أخذ النقصان وقال الشافعى) ضمنه القيمة وأمسك الجثة العمياء (ولو جنى مدبر أو أم ولد ضمن السيد الأقل من القيمة ومن الأرش) لقيام قيمتهما مقامهما (فإن دفع

إنه إنشاء من وجه حتى يشترط صلاحية المحل للإنشاء فلو مات أحدهما فبين العتق فيه لا يصح ، وإظهار من وجه حتى يجبر عليه ولو كان إظهاراً من (١) كل وجه لما أجبر لأن المرء لا يجبر على إنشاء العتق والعبد بعد الشجة محل للبيان فاعتبر إنشاء عناية (قوله فدية حر وقيمة عبد) لأن العبد لم يبق محلا بعد الموت ، فاعتبرناه إظهارا محضا وأحدهما حر بيقين فوجب ما ذكر وينصف بين المولى والورثة(٢) لعدم الأولوية زيلعى (قوله لو القاتل واحدا معا) أى لو قتلهما معا فلو القاتل اثنين فيجئ ، ولو واحداً وقتلهما على التعاقب ، فعليه قيمة الأول للمولى ودية الآخر لورثته لأنه بقتل أحدهما تعين الآخر للعتق ، فتبين أنه قتله وهو حر كفاية (قوله وقيمتهما سواء) فلو اختلفت فعليه نصف قيمة كل واحد منهما ودية حر ، فيقسم مثل الأول زيلعى (قوله ولم يدر الأول) فلو علم فعلى قاتله القيمة لمولاه ، وعلى قاتل الثانى ديته لورثته لتعينه للعتق بعد موت الأول زيلعى (قوله فقيمة العبدين) لأنا لم نتيقن إن كلا من القاتلين قتل حرا وكل منهما منكر ذلك ، ولأن القياس يأبى ثبوت العتق فى المجهول ، فتجب القيمة فيهما فتكون نصفين بين المولى والورثة ، لأن موجب العتق ثابت فى أحدهما فى حق المولى فلا يستحق بدله أفاده الزيلعى (قوله فقأ رجل عينى عبد) وكذا إذا قطع يديه أو رجليه يقال : فقأ عينه إذا قلعها واستخرجها إتقانى (قوله وقال الشافعى الخ) هو يجعل الضمان فى مقابلة الفائت ، فبقى الباقى على ملكه كما إذا فقأ إحدى عينيه ، ولهما أن المالية معتبرة فى حق الأطراف ، وإنما تسقط فى حق الذات فقط ، وحكم الأموال ما ذكر كما فى الخرق الفاحش ، وله أن المالية وإن كانت معتبرة فالآدمية غير مهدرة ، والعمل بالشبهين أوجب ما ذكر ابن كمال (قوله ولو جنى مدبر أو أم ولد) أى على النفس خطأ أو على مادونها جوهرة فلو جنى على مال لزمه أن يسعى فى قيمة ذلك المال لمالكه بالغة ما بلغت ، ولا شئ على المولى ط عن المكى وأما جناية المكاتب فهى على نفسه دون سيده ودون العاقلة ، لأن أكسابه لنفسه ، فيحكم عليه بالأقل من قيمته ، ومن أرش جنايته وتمام تفاريعه فى غاية البيان (قوله ضمن السيد) أى فيما له دون عاقلته حالة جوهرة ، وإنما ضمن لأنه صار مانعا تسليمه فى الجناية من غير أن يصير مختارا للفداء ، لعدم علمه بما يحدث ، فصار كما إذا فعل ذلك بعد الجناية ، وهو لا يعلم زيلعى (قوله الأقل من القيمة) أى قيمة كل منهما بوصف التدبير والاستيلاد يوم الجناية : وتمامه فى الكفاية درمنتقى أى لا يوم المطالبة ، ولا يوم التدبير وقيمة أم الولد ثلث قيمتها والمدبر ثلثاها جوهرة (قوله لقيام قيمتها) عبارة الزيلعى ، لأنه لا حق لولى الجناية فى أكثر من الأرش ، ولا منع من المولى فى أكثر من العين وقيمتها تقوم

---

(١) (قوله ولو كان إظهارا الخ) لعل صوابه إنشاء وكذا قوله : فاعتبر إنشاء قال مولانا لم يظهر لى وجه جعله إنشاء من حيث استحقاق المولى لجميع الأرشين بدون مراعاة جهة الإظهار اه :

(٢) (قوله وينصف بين المولى والورثة) انظر ماوجه هذا التنصيف مع العلم بأن استحقاق المولى ليس إلا فى القيمة للجزم بحرية أحدهما ولعدم صحة إعطاء الورثة شيئا من القيمة بل مقتضى القياس أن يأخذ المولى القيمة وتقدم الدية بين ورثة العبدين فيقال لورثة كل يحتمل موت مورثكم رقيقا فلا شىء لكم ويحتمل موته حرا فلكم نصف الدية اه ، وأقره شيخنا إلا أن تحمل عبارة الزيلعى على حالة استواء القيمة والدية تأمل ثم نقل مولانا عن العناية أن القيمة للمولى والدية للورثة وهو عين ماقلناه فلله الحمد اه .

القيمة بقضاء فجنى المدبر أو أم الولد جناية أخرى يشارك الثانى الأول) إذ ليس فى جناياته كلها إلا قيمة واحدة ولا شىء على المولى لأنه مجبور على الدفع (ولو) دفع القيمة لولى الأولى (بغير قضاء اتبع السيد) بحصته من القيمة ورجع بها على الأول ، لأنه قبضه بغير حق ، لأن المولى لا يجب عليه إلا قيمة واحدة (أو) اتبع (ولى الجناية) الأولى وقالا لاشىء على المولى (وإن أعتق) المولى (المدبر وقد جنى جنايات لم تلزمه) أى المولى (إلاقيمة واحدة علم بالجناية) قبل العتق (أولا) لأن حق الولى لم يتعلق بالعبد ، فلم يكن مفوتا بالإعتاق (وأم الولد كالمدبر) فيما مر .

(أقر المدبر أو أم الولد بجناية توجب المال لم يجز إقراره) لأنه إقرار على المولى (بخلاف ما إذا أقر بالقتل عمدا فإنه يصح إقراره) على نفسه (فيقتل به) ولو جنى المدبر خطأ فمات لم تسقط قيمته عن مولاه ، ولو قتل المدبر مولاه خطأ سعى فى قيمته ، ولو عمدا قتله الوارث أو استسعاه فى قيمته ثم قتله درر والله أعلم .

مقامها (قوله يشارك الثانى الأول الخ) أى فى القيمة ويعتبر فيها تفاوت الأحوال ، فلو قتل حراخطأوقيمته ألف ثم آخر ، وقيمته ألفان ثم آخر وقيمته خمسمائة ضمن سيده ألفين باعتبار الأوسط يأخذ وليه ألفا واحدة إذلاتعلق فيها للأول ، لأن حال جنايته قيمة العبد ألف ، وقد أبقيناها ولا تعلق للأخير فى أكثر من خمسمائة ، فنصف الألف الباقية بين الأول والأوسط يضرب فيها الأول بديته عشرة آلاف ؛ والأوسط بالباقى له ، وهو تسعة آلاف ، ثم الخمسمائة الباقية بين الثلاثة فيضرب الثالث بكل الدية وكل من الباقين بغير ما أخذ اهـ ملخصا من الزيلعى وغيره (قوله إلا قيمة واحدة) لأنه لا منع من السيد إلا فى رقبة واحدة زيلعى (قوله لأنه مجبور على الدفع) أى بسبب القضاء به عليه (قوله أتبع السيد) لدفعه حقه بلا إذنه (قوله ورجع) أى السيد بها على ولى الجناية الأولى لأنه ظهر أنه استوفى منه زيادة على قدر حقه عناية (قوله أو اتبع ولى الجناية الأولى) لقبض حقه ظلما وإنما خير فى التضمين ، لأن الثانية مقارنة من وجه حتى يشاركه ، ومتأخرة من وجه حتى تعتبر قيمته يوم الجناية الثانية فى حقها فاعتبر مقارنة فى حق التضمين أيضا أفاده فى الكفاية (قوله وقالا لاشىء على المولى) لأنه فعل عين ما يفعله القاضى (قوله لأن حق الولى) أل للجنس أى حق أولياء الجنايات ط (قوله لم يتعلق بالعبد) أى بل بقيمته إذ لا يمكن دفعه والقيمه تقوم مقام العين كما مر (قوله فلم يكن مفوتا) يحتمل أن يكون الضمير فى يكن للعبد ومفوتا بصيغة اسم المفعول وأن يكون ضميره إلى المولى ومفوتا بصيغة اسم الفاعل ط (قوله فيما مر) وهو قوله وإن أعتق المدبر أما الذى قبله فقد صرح المصنف بهما ط (قوله بجناية توجب المال) المراد بها جناية الخطأ إتقانى عن الكرخى (قوله لم يجز إقراره) ولا يلزمه شىء فى الحال ولا بعد عتقه ملتقى (قوله لأنه إقرار على المولى) لأن موجب جنايته على المولى لا على نفسه زيلعى (قوله ولو جنى المدبر) مثله أم الولد ط (قوله لم تسقط قيمته عن مولاه) لأنها ثبتت عليه بسبب تدبيره ، وبالموت لا يسقط ذلك درر (قوله سعى فى قيمته) لأن التدبير وصية برقبته ، وقد سلمت له لأنه عتق بموت سيده ، ولا وصية للقاتل ، فوجب عليه رد رقبته ، وقد عجز عنه فعليه رد بدلها وهو القيمة درر وذكر السائحانى أنه فى الخطأ يسعى فى قيمتين لما فى شرح المقدسى . أعتق فى مرض موته عبده ، فقتله العبد خطأ سعى فى قيمتين عند الإمام إحداهما النقض الوصية ، لأن الإعتاق فى مرض الموت وصية : وهى للقاتل باطلة إلا أن العتق لا ينقض بعد وقوعه ، فتجب قيمته ، ثم عليه قيمة أخرى بقتل مولاه ، لأن المستسعى كالمكاتب عنده ، والمكاتب إذا قتل مولاه ، فعليه أقل من قيمته ، ومن الدية والقيمة هنا أقل وقالا : يسعى فى قيمة واحدة لرد الوصية ، وعلى عاقلته الدية لأنه حر مديون اهـ (قوله قتله الوارث أو استسعاه الخ) أما الأول فظاهر ، وأما الثانى فلما ذكر من أن التدبير وصية الخ درر والله تعالى أعلم .

فصل فى غصب القن وغيره

(قطع يد عبده فغصبه رجل) وسرى فمات (منه ضمن) الغاصب (قيمته أقطع وإن قطع يده وهو فى يد غاصب فمات منه برئ) الغاصب لصيرورته متلفا فيصير مستردا .

(غصب عبد محجور مثله فمات فى يده ضمن) لأن المحجور مؤاخذ بأفعاله لا بأقواله إلا بعد عتقه .

(مدبر جنى عند غاصبه) فرد (ثم جنى عند سيده) أخرى (ضمن السيد قيمته لهما) لصفين (ورجع) المولى (بنصف) قيمته على الغاصب ودفعه أى دفع المولى نصف قيمته (إلى) ولى الجناية (الأول) لأن حقه لم يجب إلا والمزاحم قائم (ثم رجع) المولى (به على الغاصب) لأنه أخذ منه بسبب كان عند الغاصب (وبعكسه) بأن جنى عند مولاه ثم عند غاصبه (لا يرجع) المولى على الغاصب (به ثانيا) لأن الجناية الأولى كانت فى يد مالكه

فصل فى غصب القن وغيره

المراد بالغير المدبر والصبى والمراد حكم جنايتهم حالة الغصب قال الإتقانى : لما ذكر جناية العبد والمدبر ، ذكر جنايتهما مع غصبهما ، لأن المفرد قبل المركب ثم جر كلامه إلى بيان غصب الصبى اه (قوله قطع يد عبده الخ) فلو القاطع أجنبيا فإن شاء اقتص منه ، وإن شاء ضمن الغاصب قيمته مقطوعا ، ولو خطأ فإن شاء أخذ قيمته صحيحا من عاقلة القاطع ورجعت العاقلة على الغاصب بقيمته مقطوعا أو ضمن الغاصب قيمته مقطوعا ، واتبع غيره فى الباقى كذا يستفاد من فروع فى المقدسى سائحانى (قوله ضمن الغاصب قيمته أقطع) لأنه لما قطعه المولى فى يده نقصت قيمته بالقطع زيلعى (قوله فيصير مستردا) لاستيلاء يده عليه ، وبرئ الغاصب من ضمانه لوصول ملكه إلى يده زيلعى (قوله مؤاخذ بأفعاله) أى فى حال رقه عناية ، حتى لو ثبت الغصب بالبينة يباع فيه درر (قوله لابأقواله الخ) أى فيما يجب به المال فلا يؤاخذ به فى رقه ، وإنما يؤاخذ به بعد الحرية وأما فيمايوجب الحدود والقصاص ، فيؤاخذ به فى الحال كالأفعال أفاده فى العناية وأما المأذون فإنه يؤاخذ بالأقوال أيضا عندنا معراج (قوله ضمن السيد قيمته لهما) لأن موجب جناية المدبر وإن كثرت قيمته واحدة ، فيجب ذلك على المولى ، لأنه هو الذى أعجز نفسه عن الدفع بالتدبير السابق من غير أن يصير مختارا للفداء زيلعى : وينبغى أن يكون وجوب القيمة فيما إذا كانت أقل من الأرش لأن حكم جناية المدبر أن يلزم الأقل منهما على المولى إتقانى (قوله ورجع المولى بنصف قيمته على الغاصب) لأنه ضمن القيمة بالجنايتين نصفها بسبب كان عند الغاصب والنصف الآخر بسبب وجد عنده ، فيرجع عليه بسبب لحقه من جهة الغاصب ، فصار كأنه لم يرد نصف العبد زيلعى (قوله أى دفع المولى نصف قيمته) أى النصف المأخوذ من الغاصب ، وهذا الدفع الثانى عندهما خلافا لمحمد (قوله لأن حقه لم يجب الخ) حق التعبير أن يقول دون الثانى ، لأن حقه الخ كما عبر ابن كمال أى حق ولى الجناية الثانى

قال فى العناية : ولهما أن حق الأول فى جميع القيمة ، لأنه حين جنى فى حقه ، لايزاحمه أحد وإنما انتقص حقه بمزاحمة الثانى فإذا وجد شيئا من بدل العبد فى يد المالك فارغا أخذه اتماما لحقه اه

وأورد أن هذا يناقض ما تقدم : إن جناية المدبر لا توجب إلا قيمة واحدة وهنا أوجبت قيمة ونصفا ، وأجيب أن ذلك فيما إذا تعددت الجناية فى يد . شخص واحد بخلافه هنا تأمل (قوله ثم رجع المولى به)أى بنصف القيمة ولا يدفعه إلى أحد ، لأنه وصل إلى الوليين تمام حقهما إتقانى (قوله لأن الجناية الأولى كانت فى يد مالكه) أى وما دفعه المالك ثانيا إنما كان بسببها فلا يرجع به على أحد بخلاف المسألة الأولى لأنه كان بسبب عند

(والقن) فى الفصلين (كالمدبر غير أن المولى يدفع العبد) نفسه (هنا وثمة) أى فى المدبر (القيمة) كما مر (مدبر جنى عند غاصبه فرده فغصب) ثانيا (فجنى عنده) كان (على سيده قيمته لهما ورجع بقيمته على الغاصب) لكونهما عنده (ودفع) المولى (نصفها) أى القيمة المأخوذة ثانيا (إلى) ولى الجناية (الأول ورجع) المولى (بذلك النصف على الغاصب) وأم الولد فى كلها كمدبر .

(غصب) رجل (صبيا حرا) لا يعبر عن نفسه والمراد بغصبه الذهاب به بلا إذن وليه (فمات) هذا الحر (فى يده فجأة أو بحمى لم يضمن وإن مات بصاعقة أو نهش حية فديته على عاقلة الغاصب) استحسانا لتسببه بنقله لمكان الصواعق أو الحيات حتى لو نقله لموضع يغلب فيه الحمى والأمراض ضمن فتجب فيه الدية على العاقلة لكونه قتلا تسببا هداية وغيرها .

قلت : بقى لو نقل الحر للكبير لهذه الأماكن تعديا إن مقيداً ولم يمكنه التحرز عنه ضمن وإن لم يمنعه من

الغاصب ، فيرجع عليه أفاده الزيلعى (قوله والقن فى الفصلين) أى فى المسئلتين كالمدبر : أى أن التصوير السابق بالمدبر ليس احترازيا عن القن ويأتى أن أم الولد كذلك (قوله يدفع العبد نفسه) لإمكان نقله من ملك إلى ملك ، بخلاف المدبر . والظاهر أن المراد أنه يخير بين الفداء والدفع إلى الوليين تأمل ثم إذا دفعه(١) يرجع بنصف قيمته على الغاصب إلى آخر ما مر (قوله فغصب ثانيا) أى فغصبه الغاصب الأول غصبا ثانيا وفى بعض النسخ فغصبه بالضمير وهى أظهر (قوله كان على سيده قيمته لهما) أى للوليين لأنه منعه بالتدبير كما مر (قوله لكونهما) أى الجنايتين عنده أى الغاصب ، بخلاف ما مر ، لأن إحداهما عنده فلذا رجع بالنصف (قوله ورجع المولى بذلك النصف) أى الذى دفعه ثانيا إلى ولى الجناية الأولى (قوله وأم الولد فى كلها) أى كل الأحكام المذكورة كمدبر لاشتراكهما فى كون المانع من الدفع للجناية من قبل المولى درر (قوله لا يعبر عن نفسه) لأنه لو كان يعبر يعارضه بلسانه ، فلا تثبت يده حكما كذا فى الشرنبلالية عن البرهان ؛ ومثله فى الكفاية والقهستانى وغيرهما قال فى المعراج : لكن الفرق الآتى بين المكاتب والصبى ، يشير إلى أن المراد مطلق الصبى ، فإن الصبى الذى يزوجه وليه غير مقيد بذلك ذكره فى الكافى اه ملخصا (قوله والمراد بغصبه الخ) فيكون ذكر الغصب بطريق المشاكلة وهو أن يذكر الشىء بلفظ غيره لوقوعه فى صحبته عناية (قوله فجأة) بالضم والمد أو بالفتح ، وسكون الجيم بلا مد قهستانى (قوله بصاعقة) أى نار تسقط من السماء أو كل عذاب مهلك كما فى القاموس ، فيشمل الحر الشديد والبرد الشديد والغرق فى الماء ، والتردى من مكان عال كما فى الخانية وغيرها قهستانى (قوله لم يضمن) لأن ذلك لا يختلف باختلاف الأماكن هداية (قوله استحسانا) والقياس عدم الضمان مطلقا ، لأن غصب الحر لا يتحقق ، ألا ترى أنه لو كان مكاتبا صغيرا لا يضمن مع أنه حر يدا فهذا أولى

والجواب ما أشار إليه : وهو أن الضمان لا بالغصب بل بالإتلاف تسبباً ، وقد أزال حفظ الولى ، فيضاف الإتلاف إليه أما المكاتب ، فهو فى يد نفسه ولو صغيرا ولذا لا يزوجه أحد ، فهو كالحر الكبير أما الصبى فإنه فى يد وليه ولذا يزوجه اه من الهداية والكفاية (قوله لموضع يغلب فيه الحمى والأمراض) أى بأن كان المكان مخصوصا بذلك فيضمن لا بسبب العدوى لأن القول به باطل بل ، لأن الهواء بخلق الله تعالى مؤثر فى بنى آدم وغيره كالغذاء بزازية (قوله لهذه الأماكن) أى الغالب فيها الهلاك واللام بمعنى إلى (قوله ضمن) لأن المغصوب عجز

---

(١) (قوله ثم إذا دفعه الخ) هذا هو محل الاتحاد بينه وبين المدبر أما إذا اختار المولى الفداء فيدفع لولى كل من الجنايتين موجبها على الكمال اه : تأمل

حفظ نفسه لا لأنه بتقصيره فحكم صغير كـكبير مقيد عناية (ولو غصب صبيا فغاب عن يده حبس) الغاصب (حتى يجيء به أو يعلم موته) خانية كما لو خدع امرأة رجل حتى وقعت الفرقة بينهما فإنه يحبس حتى يردها أو تموت خلاصة :

(أمر ختانا ليختن صبيا ففعل) الختان ذلك (فقطع حشفته ومات الصبي) من ذلك (فعلى عاقلة الختان نصف ديته وإن لم يمت فعلى عاقلته كلها) وقد تقدمت في باب ضمان الأجير وفي معاياة الوهبانية نظما :

ومن ذا الذي إن مات مجنيه فما عليه إذا مات بالموت يشطر

(كمن حمل صبيا على دابة وقال : امسكها لي فسقط الصبي ولم يكن منه تسيير فمات كان على عاقلة من حمله ديته) أي دية الصبي (كان الصبي ممن يركب مثله أولا) يركب وتمامه في الخانية (كصبي أودع عبدا فقتله) أي قتل الصبي العبد المودع ضمن عاقلة الصبي قيمته

عن حفظ نفسه بما صنع فيه عناية وكذا يضمن لو صنع بالمكاتب كذلك كما ذكره الزيلعي (قوله فحكم صغير كـكبير مقيد) الأولى في التعبير أن يقال ؛ فحـكم كبير مقيد كصغير ، لأن مسألة الصغير منصوصة في المتون ، ومسألة الـكبير ذكرها الشراح عن الإمام المحبوبي

وفي حاشية أبي السعود : استشكل هذا العلامة المقدسي بقولهم لو كتف شخصا ، وقيده وألقاه فأكله السبع لاقصاص ولادية ، ولـكن يعزر ويحبس حتى يموت ، وعن الإمام إن عليه الدية ، ولو قمط صبيا وألقاه في الشمس أو البرد حتى مات فعلى عاقلته الدية كذا في الحافظية فليتأمل . ولعل القول بالضمان في الحر الـكبير المقيد محمول على تلك الرواية اهـ ومثله في حاشية الرملي وأصل الاستشكال لصاحب المعراج حيث قال : ويشكل على هذا مالو حبس إنسانا فمات منه من الجوع ، لا يضمن مع أنه عجز عن حفظ نفسه بما صنع حابسه اهـ

أقول : قد علمت أن مسألة الصبي على استحسان ، وألحقوا به الـكبير فهو استحسان أيضا وما أورد عليه مفرع على القياس ، والاستحسان راجح عليه ، وتلك الرواية موافقة للاستحسان ، فقد يدعى ترجيحها بذلك؛ وأما لو حبسه فمات جوعا فعدم ضمانه قول الإمام؛ وقدمنا أول الجنايات أن عليه الفتوى ، وأن الفرق هو أن الجوع والعطش من لوازم الإنسان ، فلا يضاف للجاني بخلاف هذه الأفعال ، فلا تشكل على مسألتنا ، وأنت على علم بأن العمل على مافي المتون والشروح فاغتنم هذا التحرير (قوله حتى وقعت الفرقة بينهما) أي بالأبدان رحمتي أي بحيث لايعلم الزوج مكانها ، ومثله أقاربها فيما يظهر ط (قوله أو تموت) أي أو يعلم موتها كما في المسألة السابقة ، وفي نسخة أو يموت أي إلى أن يموت ط (قوله فعلى عاقلة الختان نصف ديته الخ) أي لو حرا ولو عبدا يجب نصف القيمة أو تمامها ، لأن الموت حصل بفعلين أحدهما مأذون فيه ، وهو قطع القلفة والآخر غير مأذون فيه ، وهو قطع الحشفة فيجب نصف الضمان أما إذا برئ جعل قطع الجلدة وهو مأذون فيه كأن لم يكن وقطع الحشفة غير مأذون فيه ، فوجب ضمان الحشفة كاملا وهو الدية منح وعزا المسألة إلى الخانية والسراجية ، وذكر نظمها للعلامة الطرسوسي سؤالا وجوابا (قوله فما عليه الخ) ماالأولى موصولة ، والثانية نافية خلاف ماهو الشائع من زيادتها بعد إذا والمعنى : إن الذي يجب عليه وقت عدم الموت يشطر أي ينصف بالموت (قوله ولم يكن منه تسيير) أما لو سيرها وهو بحيث يصرفها انقطع التسبب بهذه المباشرة الحادثة جامع الفصولين (قوله وتمامه في الخانية) ذكر عبارتها في المنح (قوله كصبي أودع عبدا) بالبناء للمجهول (قوله فقتله) أما لو جنى عليه فيما دون النفس كان أرشه في مال الصبي بالإجماع إتقاني (قوله ضمن عاقلة الصبي قيمته) تصريح بما أفادته كاف التشبيه، لـكن

(فإن أودع طعاما) بلا إذن وليه ، وليس مأذونا له في التجارة (فأكله لم يضمن) لأنه سلطه عليه وقال أبو يوسف والشافعي : يضمن وكذا لو أودع عبد محجور مالا فاستهلكه ضمنه بعد عتقه، وعند أبي يوسف والشافعي في الحال وكذا الخلاف لو أعيرا أو أقرضا ، ولو كان بإذن أو مأذونا ضمن بالإجماع كما لو استهلك الصبي مال الغير بلا وديعة ضمنه للحال .

قلت : وهذا كله لو الصبي عاقلا، وإلا فلا يضمن بالإجماع ، وتمامه في العناية والشرنبلالية عن الشلبي ومسكين على خلاف ما في الملتقى والهداية والزيلعي فليحفظ .

باب القسامة

هي لغة بمعنى القسم وهو اليمين مطلقا وشرعا : اليمين بالله تعالى

المضمون في المشبه الدية وهنا القيمة ، وعبر في الهداية هنا بالدية أيضا اعتمادا على ما مر أن دية العبد قيمته (قوله فإن أودع طعاما) أي مثلا در منتقى (قوله بلا إذن وليه الخ) سيذكر محترزه (قوله لأنه سلطه عليه) أي وله تمكين غيره من استهلاكه لأن عصمته حق مالكه ، بخلاف الآدمي المملوك فعصمته لحق نفسه لا لحق مولاه ، ولهذا بقي على أصل الحرية في حق الدم ، وليس لمولاه ولاية استهلاكه ، فلا يملك تمكين غيره منه أفاده في الشرنبلالية (قوله يضمن) أي في الحال (قوله وكذا لو أودع عبد محجور مالا) أي وقبل الوديعة بلا إذن مولاه أما لو كان مأذونا أو محجورا ولكن قبلها بإذنه فاستهلكها لا يضمن في الحال، بل بعد العتق لو بالغا عاقلا عندهما وعند أبي يوسف يضمن في الحال ، ولو كانت الوديعة عبدا فجنى عليه في النفس، أو فيما دونها أمر مولاه بالدفع أو الفداء إجماعا إتقاني (قوله وكذا الخلاف الخ) قال فخر الإسلام : والإختلاف في الإيداع والإعارة والقرض والبيع ، وكل وجه من وجوه التسليم إليه واحد إتقاني (قوله ولو كان بإذن) أي لو كان أودع الطعام بإذن وليه أو كان مأذونا له في التجارة ضمن أي في الحال ، وهذا محترز قوله المار بلا إذن وليه الخ (قوله بلا وديعة) أي ونحوها مما فيه تسليم (قوله ضمنه للحال) لأنه مؤاخذ بأفعاله درر (قوله على خلاف ما في الملتقى الخ) أي من أن الصبي الذي لا يعقل يضمن بالإجماع ، وذكر في العناية وغيرها أنه مذهب فخر الإسلام ، ذكره في شرح الجامع وإن غيره من شراح الجامع ذكروا أنه لا يضمن بالإجماع قال ط : فتحصل أنهما طريقتان لأهل المذهب اهـ .

[تتمة] صبي سقط من سطح أو في ماء فمات ، فلو كان ممن يحفظ نفسه لا شيء على الأبوين وإلا فعليهما الكفارة لو في حجرهما وعلى أحدهما لو في حجره كذا عن نصير ، وعن أبي القاسم لا شيء عليهما إلا التوبة والاستغفار ، واختيار أبي الليث أنه لا كفارة على أحدهما إلا أن يسقط من يده وعليه الفتوى ظهيرية والله تعالى أعلم .

باب القسامة

لما كان أمر القتيل في بعض الأحوال يئول إلى القسامة ، ذكرها في آخر الديات في باب على حدة عناية (قوله وهي لغة بمعنى القسم) قال العلامة نوح : اختلف أهل اللغة في القسامة قال بعضهم : إنها مصدر واختاره ابن الأثير في نهايته حيث قال : القسامة بالفتح اليمين كالقسم ؛ ثم قال : وقد أقسم قسما وقسامة إذا حلف ، وقال بعضهم : إنها اسم مصدر واختاره المطرزي في المغرب ، حيث قال : القسم اليمين يقال أقسم بالله إقساما، وقولهم حكم القاضي بالقسامة اسم منه وضع موضوع الأقسام، واختار العيني في شرح الكنز الأول ، واختار منلا مسكين الثاني اهـ .

بسبب مخصوص وعدد مخصوص على شخص مخصوص على وجه مخصوص وسيأتى بيانه (ميت) حر ولو ذميا أو مجنونا شرنبلالية (به جرح أو أثر ضرب أو خنق أو خروج دم من أذنه أو عينه وجد فى محله أو) وجد (بدنه أو أكثره) من أى جانب كان (أو نصفه مع رأسه) والنص وإن ورد فى البدن لكن للأكثر حكم الكل حتى لو وجد أقل من نصفه ولو مع رأسه لا لئلا يؤدى لتكرار القسامة فى قتيل واحد وهو غير مشروع (ولم يعلم قاتله) إذ لو علم كان هو الخصم وسقط القسامة (وادعى وليه القتل على أهلها) أى المحلة كلهم (أو) ادعى على (بعضهم

(قوله بسبب مخصوص) وهو وجود القتيل فى المحلة أو ما فى معناها مما هو ملك لأحد أو فى يد أحد (قوله وعدد مخصوص) وهو خمسون يمينا (قوله على شخص مخصوص) أى مخصوص النوع وهو الرجل الحر البالغ العاقل أو المالك المكلف ولو امرأة الحر ولو يدا كمكاتب إذا وجد القتيل فى محل مملوك له ، وهذا إشارة إلى بعض الشروط (قوله على وجهه مخصوص) إشارة إلى باقى الشروط منها كون العدد خمسين وتكرار اليمين إن لم يتم العدد وقولهم فيها بالله ما قتلناه ، ولا علمنا له قاتلا وكونها بعد الدعوى والإنكار وبعد طلبها إذ لا تجب اليمين بدون ذلك ، وكون الميت من بنى آدم ووجود أثر القتل فيه وأن لا يعلم قاتله ، فقد تضمن ما ذكره بيان معنى القسامة وسببها وشرطها

قال فى المنح : وركنها إجراء اليمين المذكورة على لسانه ، وحكمها : القضاء بوجوب الدية إن حلفوا والحبس إلى الحلف إن أبوا إن ادعى الولى العمد وبالدية عند النكول ، إن ادعى خطأ ومحاسنها خطر الدماء وصيانتها عن الإهدار وخلاص المتهم بالقتل عن القصاص ، ودليل شرعيتها الأحاديث الواردة فى الباب المذكورة فى الهداية وشروحها (قوله ميت) أى ولو حكما بأن وجد جريح فى محلة ، فنقل منها و بقى ذا فراش ، حتى مات من الجراحة فإن القسامة والدية على أهلها كما سيأتى متنا (قوله حر) أما العبد ففيه القسامة والقيمة إذا وجد فى غير ملك سيده ، وكذا المدبر وأم الولد والمكاتب والمأذون المديون ، ولو فى ملكه فهدر إلا فى المكاتب والمأذون المديون ففيهما القيمة على المولى ، لا على عاقلته حالة للغرماء فى المأذون ، وفى ثلاث سنين فى المكاتب كما فى الشرنبلالية عن البدائع ، وسيأتى فى الفروع آخر الباب (قوله ولو ذميا أو مجنونا) دخل فيه الذكر والأنثى والكبير والصغير ، وخرج البهائم ، فلا شىء فيها كما سيأتى (قوله به جرح الخ) سيأتى محترزاته متنا (قوله فى محلة) بالفتح المكان الذى ينزله القوم ط عن المصباح (قوله أو نصفه مع رأسه) ولو مشقوقا بالطول منح أى ومعه الرأس ، وأما إذا شق طولا بدونه أو شق الرأس معه ، فلا قسامة وهو الذى ذكره المصنف بعد فى متنه ط (قوله حتى لو وجد الخ) والأصل أن الموجود إن كان بحال لو وجد الباقى تجرى فيه القسامة لا تجب فى الموجود ، وإن كان بحال لو وجد الباقى لا تجب فيه القسامة تجب ، وصلاة الجنازة فى هذا الباب تنسحب على هذا الأصل هداية (قوله لئلا يؤدى لتكرار القسامة الخ) أى والدية بأن وجد الأقل من بدنه مع رأسه فى محل ، والباقى فى محل آخر فإنه إذا وجبت القسامة ، والدية فى الأقل لزم وجوبهما فى الأكثر أيضا (قوله إذ لو علم) أى بالبينة أو الإقرار قهستانى أى إقرار القاتل ، ولا بد أن تكون البينة من غير أهل المحلة كما سيأتى متنا ويأتى تمام الكلام عليه (قوله وادعى وليه الخ) أشار إلى من شروطها الدعوى من أولياء القتيل ، إذ اليمين لا تجب بدونها كما فى الطورى ، وقدمناه وانظر ما الحكم إذا لم يكن له ولى هل يدعيها الإمام أم لا ، ثم رأيت منقولا عن شرح الحموى أنه توقف فى التخيير الآتى ، حيث لا ولى هل يتخير الإمام الخمسين أم لا وقال فليراجع (١) (قوله أو ادعى على بعضهم) ولو معينا بخلاف ما لو ادعى

---

(١) (قوله وقال فليراجع) نقل مولانا على الحانوتى ما يفيد أن للإمام الدعوى والتخيير مستدلا عليه بملكه القصاص فى قتل من لا ولى له عمدا قال فإن من ملك القصاص ملك القسامة بالأولى ، لكونها أنزل منه وأيضا من لا ولى له يكون ميراثه لبيت المال فالإمام يكون مدعيا مالا لبيت المال وله ذلك جزما اه .

حلف خمسون رجلا منهم يختارهم الولى بالله ماقتلناه ولاعلمنا له قاتلا) بأن يحلف كل منهم بالله ماقتلت ولا علمت له قاتلا (لا يحلف الولى) وقال الشافعى : إن كان ثمة لوث استحلف الأولياء خمسين يمينا أن أهل المحلة قتلوه ثم يقضى بالدية على المدعى عليه وقضى مالك بالقود لو الدعوى بالعمد (ثم قضى على أهلها بالدية) لا مطلقا بل (إن وقعت الدعوى بقتل عمد وإن) وقعت الدعوى (بخطأ فعلى) أى فيقضى بالدية على (عواقلهم) كما فى شرح المجمع معزيا للذخيرة والخانية :

ونقل ابن الكمال عن المبسوط أن فى ظاهر الرواية القسامة على أهل المحلة والدية على عواقلهم

على واحد من غيرهم ، فإنها تسقط عنهم كما يأتى متنا (قوله حلف خمسون رجلا منهم الخ) خرج الصبى والمرأة والعبد كما مر ، ويأتى وهذا إن طلب الولى التحليف كما قدمناه فله تركه وبه صرح الرملى ، وإذا تركه فهل يقضى له بالدية أم لا ، لأنه لو حلفهم أمكن ظهور القاتل لم أره فليراجع وقال الزيلعى : وقوله يختارهم الولى ، نص على أن الخيار للولى لأن اليمين حقه ، والظاهر أنه يختار من يتهمه بالقتل ، أو أهل الخبرة بذلك أو صالحى أهل المحلة لما أن تحرزهم عن اليمين الكاذبة أبلغ فيظهر القاتل ، ولو اختار أعمى أو محدودا فى قذف جاز لأنها يمين وليست بشهادة اه (قوله بأن يحلف الخ) فهو من قبيل تقابل الجمع بالجمع قهستانى ، فيحلف كل واحد على نفى قتله ، ونفى علمه لاحتمال أنه قتله وحده ، فيتجرأ على يمينه بالله ما قتلناه يعنى جميعا ، ولا يعكس لأنه إذا قتله مع غيره كان قاتلا وفائدة قوله : ولا علمنا له قاتلا مع أن شهادة أهل المحلة بالقتل على واحد منهم ، أو على غيرهم مردودة أن يقر الحالف على عبده فيقبل إقراره أو يقر على غيره من غير أهل المحلة فيصدقه ولى المقتول ، فيسقط الحكم عن أهل المحلة منح ملخصا وسيأتى أنه لو كان أحدهم قال : قتله زيد يقول فى حلفه ولا علمت له قاتلا غير زيد (قوله وقال الشافعى الخ) اللوث أن يكون علامة القتل على واحد بعينه أو ظاهر يشهد للمدعى من عداوة ظاهرة أو يشهد عدل أو جماعة غير عدول أن أهل المحلة قتلوه :

وحاصل مذهبه : أنه إن وجد ظاهر يشهد للمدعى فإن حلف أنهم قتلوه خطأ فله الدية عليهم ، أو عمدا فالقصاص في قول ، والدية فى قول ، فإن نكل عن اليمين حلفوا ، فإن حلفوا لا شىء عليهم ، وإلا فعليهم القصاص فى قول والدية فى قول ، وإن لم يكن الظاهر شاهد للمدعى ، حلف أهل المحلة على ما قلنا ، فحيث لا لوث فقوله كقولنا والاختلاف فى موضعين : أحدهما : أن المدعى لا يحلف عندنا ، وعنده يحلف ، والثانى : براءة أهل المحلة فى اليمين اه من الكفاية وغيرها وبيان الأدلة فى المطولات واللوث بفتح اللام ، وسكون الواو والثاء المثلثة كما ضبطه ابن الملقن فى لغات المنهاج (قوله وقضى مالك بالقود) أى على واحد يختاره المدعى للقتل من بين المدعى عليهم غرر الأفكار (قوله كما فى شرح المجمع) وكذا فى غرر الأفكار والشرنبلالية عن البرهان معزيا للذخيرة والخانية أيضا (قوله ونقل ابن الكمال الخ) استدراك على ما تقدم ، فإن ابن الكمال لم يفصل بين العمد والخطأ بل قال ثم قضى على أهلها بديته وتتحملها العاقلة ، لأنه ذكر فى المبسوط الخ ، ثم فرق ابن الكمال بين العمد والخطأ فى المسألة الآتية كما سيذكره الشارح عنه ، فدل على أنه أراد الإطلاق هنا ، وكذا أطلق شراح الهداية وجوبها على العاقلة :

وقال فى النهاية وغيرها : وفى المبسوط ثم يقضى بالدية على عاقلة أهل المحلة فى ثلاث سنين ، لأن حالهم هنا دون حال من باشر القتل خطأ وإذا كانت الدية هناك على عاقلته فى ثلاث سنين ، فههنا أولى ، وفى ظاهر الرواية القسامة على أهل المحلة والدية على عواقلهم وعلى قول زفر كلاهما على العاقلة اه ملخصا

أى فى ثلاث سنين وكذا قيمة القن تؤخذ فى ثلاث سنين شرنبلالية (وإن لم يتم العدد كرر الحلف عليهم ليتم خمسين يمينا وإن تم) العدد (وأراد الولى تكراره لا ومن نكل منهم حبس حتى يحلف على الوجه المذكور هنا) هذا فى دعوى القتل العمد أما فى الخطأ فيقضى بالدية على عاقلتهم ولا يحبسون ابن كمال معزيا للخانيه ؛

ولو أقر على نفسه أو عبده قبل إقراره ، ولو على غيره فصدقه الولى سقط التحليف عن أهل المحلة (ولا قسامة على صبى ومجنون وامرأة وعبد ولا قسامة ولا دية فى ميت لا أثر به) لأنه ليس بقتيل ، لأن القتيل عرفا هو فائت الحياة بسبب مباشرة الحى ، وإنه مات حتف أنفه والغرامة تتبع فعل العبد

قلت : ووجه الأولوية أن الموجود هنا مجرد دعوى إذ لم يثبت أن أهل المحلة قتلوه ؛ فهو أدنى حالا من حال من باشر القتل الخطأ عيانا فتتحمله العاقلة بالأولى ، وإن كانت الدعوى بقتل العمد لما قلنا من عدم الثبوت ؛ فلا ينافى أن العواقل لا تعقل العمد هذا ما ظهر لفهمى القاصر هذا ؛ وعبارات المتون مطلقة فى أن القسامة والدية على أهل المحلة ؛ فلا بد من تخصيصها بدعوى العمد كما فعل المصنف أو تقدير مضاف : أى على عاقلتهم كما فعل شراح الهداية ، ولا يخفى أن القاتل كواحد من العاقلة ؛ فيتحمل معهم كما سيأتى فى محلة ، فكذا هنا ولذا قال البزازية عن شيخ الإسلام أن القسامة عليهم والدية على عاقلتهم وعليهم ، لأن أهل المحلة قتلوا حكما فيكون كما لو قتلوا حقيقة (قوله أى فى ثلاث سنين) أتى بلفظ أى لأن ابن الكمال لم يذكره ، لكنه مذكور فى المبسوط (قوله وكذا قيمة القن) أى إذا وجد فى غير ملك سيده كما قدمناه ويأتى (قوله وإن أراد الولى تكراره) أى على بعضهم كأن اختار الصلحاء منهم مثلا ولا يتمون خمسين لا يكرر عليهم ، بل يختار تمام الخمسين من الباقين أفاده الإتقانى (قوله حتى يحلف) أى أو يقر فيلزمه ما أقر به ، وإنما لم يحكم بمجرد النكول ، لأن اليمين هنا نفس الحق تعظيما لأمر الدم لا بدل عن الدية ، ولذا يجمع بينهما بخلاف اليمين فى دعوى المال لأنها بدل عنه ولذا تسقط بالأداء إتقانى ملخصا . وهذا إذا لم يدع على معين من غير أهل المحلة وإلا فسيأتى حكمه (قوله على الوجه المذكور هنا) وهو بالله ما قتله الخ (قوله هذا) أى الحبس بالنكول (قوله أما فى الخطأ الخ) أى لأن موجبه المال ، فيقضى به عند النكول ، وهذا مخالف لمقتضى التعليل الذى ذكرناه قريبا تأمل (قوله معزيا للخانية) أقول : هذا مذكور فى الذخيرة ، وذكر عبارتها فى المنح وعزاه القهستانى إلى المجتبى والكرمانى وغيرهما ، وأما الذى رأيته فى الخانية فهو قوله : فإن امتنعوا عن اليمين حبسوا حتى يحلفوا اه ولم يفرق بين العمد والخطأ وهو ظاهر المتون (قوله أو عبده) أى فى الخطأ أما العمد الموجب للقصاص فقد تقدم عدم قبوله على عبده سائحانى (قوله ولو على غيره) أى وليس من محلته كما قدمناه عن المنح ويعلم مما يأتى (قوله سقط التحليف الخ) وكذا فى إقراره على نفسه أو عبده ، فلو قال ولو أقر على نفسه أو عبده أو غيره من غير محلته وصدقه وليه سقط التحليف عن أهل محلته لكان أحسن (قوله ولا قسامة على صبى الخ) لأنهم ليسوا من أهل النصرة وإنما هم أتباع والنصرة لا تكون بالاتباع واليمين على أهل النصرة ، ولأن الصبى والمجنون ليسا من أهل القول الصحيح واليمين قول اه زيلعى .

أقول : والمراد أنهم لا يدخلون مع أهل المحلة فى قسامة قتيلها ، فلا ينافى ما سيأتى متنا من وجوب القسامة على المرأة لو وجد القتيل فى قرية لها ولا ماذكره الطورى عن البدائع من وجوبها على مكاتب وجد القتيل فى داره وإن حلف يجب الأقل من قيمته ، ومن الدية اه وأما لو وجد فى دار المأذون ففى الولوالجية أن الاستحسان أن تجب القسامة على المولى ؛ ويخير بين الدفع والفداء لأن العبد لو أقر بالجناية الخطأ لا يصح إقراره فلا يحلف اه (قوله وأنه مات حتف أنفه) الواو للحال فالهمزة مكسورة والضمير للميت الذى لا أثر به اه ح (قوله والغرامة)

(أو يسيل دم من فمه أو أنفه أو دبره أو ذكره) لأن الدم يخرج منها عادة بلا فعل أحد بخلاف الأذن والعين (أو نصف منه) أى ولا قسامة فى نصف ميت (شق طولا أو أقل منه) أى من نصفه (ولو معه الرأس) لما مر (أو على رقبته) أى الميت (حية ملتوية) لأن الظاهر أنه مات بها بزازية (وما تم خلقه كـكبير) أى وجد سقط تام الخلقة به أثر الضرب وجبت القسامة والدية وفى الظهيرية ما يخالفه (فإن ادعى الولى على واحد من غيرهم) كان إبراء منه لأهل المحلة و (سقطت) القسامة عنهم (و) إن ادعى الولى (على معين منهم لا) تسقط وقيل تسقط (قتيل على دابة معها سائق أو قائد أو راكب فديته على عاقلته) دون أهل المحلة

أى الدية تتبع فعل العبد أى ولم يوجد فعله وكذا القسامة إنما تجب على أهل المحلة لاحتمال القتل منهم ولم يحتمل لعدم أثره فلا تجب إتقانى (قوله أو يسيل دم) عطف على لا أثر به اهـ ح (قوله من فمه) كذا فى الهداية وغيرها ، وذكر فى الذخيرة إن هذا إذا نزل من الرأس فإن علا من الجوف فقتيل قهستانى وإتقانى عن فخر الإسلام (قوله بلا فعل أحد) فإنه قد يخرج من الفم أو الأنف لرعاف ، ومن الدبر لعلة فى الباطن أو أكل مالا يوافق ، ومن الإحليل لعرق انفجر فى الباطن أو ضعف الكلى أو الكبد أو شدة الخوف أفاده الإتقانى . وعلم منه أنه بالأولى: لو علم موته بحرق أو سقوط من سطح أو فى ماء بلا فعل أحد ، فلا قسامة ولا دية ، لأن الشرط أن لا يحال القتل على سبب ظاهر قوى يمنع وجوبها كما فى الخيرية (قوله بخلاف الأذن والعين) فإنه دلالة القتل ظاهرا لأنه لا يخرج منهما عادة إلا بفعل حادث إتقانى (قوله أو نصف منه) بالجر عطفا على ميت ، كما أشار إليه الشارح أفاده ح (قوله ولو معه) أى مع الأقل (قوله لما مر) من قوله لئلا يؤدى لتكرار القسامة فى قتيل واحد (قوله وجبت القسامة والدية) أى على أهل المحلة ، لأن الظاهر أن تام الخلق ينفصل حيا ، وإن كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم لأنه ينفصل ميتا هداية (قوله وفى الظهيرية ما يخالفه) ونصها والجنين إذا وجد قتيلا فى المحلة فلا قسامة ولا دية اهـ ه

أقول : والأول هو المذكور فى الشروح والهداية والملتقى والوقاية والدرر وغيرها (قوله كان إبراء منه لأهل المحلة) لأنهم لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل فيهم ؛ بل بدعوى الولى ، فإذا ادعى على غيرهم امتنع دعواه عليهم لفقد شرطه اهـ ط عن الشمنى وكالمحلة الملك كما سنذكره عن التاترخانية (قوله وسقطت القسامة عنهم) وكذا لو ادعى أحد الأولياء ذلك وباقيهم حاضر ساكت ، ولو غائبا لا مالم يكن المدعى وكيلا عنه فيها ، ولو قال أحدهم : قتله زيد وآخر : عمرو وآخر قال: لا أعرفه . فلا تكاذب وسقطت سائحانى عن الزاهدى ، ولم يذكر حكم المدعى عليه ، وبيانه ماذكره الإتقانى أنه إن برهن الولى فيها وإلا استحلف المدعى عليه يمينا واحدة ، فإن حلف برئ ، وإلا فإن كانت الدعوى فى المال أى القتل خطأ ثبت وإن فى القصاص حبس ، حتى يقر أو يحلف أو يموت جوعا عنده وقالا يلزمه الأرش اهـ ملخصا وتمامه فيه (قوله لا تسقط) أى فى ظاهر الرواية ، مواهب ، لأن الشارع أوجبها ابتداء على أهل المحلة ، فتعيينه واحداً منهم لا ينافى ما شرعه الشارع ، فتثبت القسامة والدية على أهل المحلة كفاية (قوله وقيل تسقط) وهو رواية عن أبى يوسف فى غير رواية الأصول : أن القسامة والدية تسقط عن الباقين من أهل المحلة ويقال للولى ألك بينة فإن قال : لا يستحلف المدعى عليه يمينا واحدة وروى ابن المبارك عن أبى حنيفة مثله زيلعى (قوله فديته على عاقلته) أى تجب القسامة ، فإذا حلف فالدية على عاقلته ؛ ثم من المشايخ من قال : إن هذا أعم من أن يكون للدابة مالك معروف ، أو لم يكن ومنه إطلاق الكتاب ، ومنهم من قال إن كان لها مالك فعليه القسامة والدية قهستانى ، وعلى الأول مشى المصنف حيث قال : وإن لم تكن ملكا لهم وحينئذ فالفرق بين الدابة والدار حيث تجب الدية على مالكها دون ساكنها كما سيأتى أن الدار لا تنقطع

لأنه فى يده فصار كأنه فى داره (ولو اجتمع) فيها (سائق وقائد وراكب فالدية عليهم جميعا وإن لم تكن ملكا لهم) عملا بيدهم وقيل : القسامه والدية على مالك الدابة كالدار وقيل : لا يجب على السائق إلا إذا كان يسوقها مختفيا وبه جزم فى الجوهرة وإن لم يكن معها أحد فالدية والقسامة على أهل المحلة التى فيها القتيل على الدابة (وإن مرت دابة عليها قتيل بين قريتين) أو قبيلتين (فعلى أقربهما) لما روى « أنه صلى الله عليه وسلم أمر فى قتيل وجد بين قريتين بأن يذرع فوجد إلى أحدهما أقرب بشبر فقضى عليها بالقسامة ولو استويا فعليهما وقيد الدابة اتفاقى قهستانى (بشرط سماع الصوت منهم) هكذا عبارة الزيلعى ؛

يد ملكها عنها فى الرأى والتدبير وإن أجرها بخلاف الدابة فإن التصرف فيها لذى اليد (قوله لأنه فى يده) الضمير الأول للقتيل والثانى للسائق وكذا قوله فصار كأنه فى داره (قوله فالدية عليهم جميعا) أى على عواقلهم والقسامة عليهم عناية (قوله وإن لم تكن ملكا لهم) إن وصلية : أى سواء كانت ملكا لهم أو لا ولينظر فيما لو كان المالك أحدهم بأن كان هو السائق مثلا ، والقائد أو الراكب أجنبى أو بالعكس ، والإطلاق يشمل هذه الصورة ويدل عليه ما ذكره الإتقانى لو وجد القتيل فى سفينة فالدية على من فيها من مالك وراكب ، لأنها تنقل وتحول فالضمان فيها بثبوت اليد لا بالنصرة كالدابة اهـ أفاده سعدى (قوله عملا بيدهم) إشارة إلى الفرق المار بين الدابة والدار (قوله وقيل لا يجب على السائق الخ) هذا لا يخص السائق فينبغى أن يكون القائد والراكب مثله ، ويشير إليه ما فى الحموى عن الرمز حملوا جنازة ظاهرة ، فإذا هو قتيل لا شىء فيه أبو السعود (قوله وبه جزم فى الجوهرة) لكن فى الكفاية أنه رواية عن أبى يوسف فى غير رواية الأصول (قوله وإن مرت دابة) أى ولم يكن معها أحد مسكين إذ لو معها سائق أو نحوه فقد مر آنفا (قوله أو قبيلتين) أو سكتين أو محلتين قهستانى (قوله فعلى أقربهما) أى من القتيل وهذا إذا كان فى موضع لا يكون مملوكا لأحد ، وإلا فعلى مالكه قهستانى ويأتى قريبا وقال وفيه إشعار بأنه لو وجد بين أرض قرية وبيوت قرية فعلى الأقرب (قوله ولو استويا فعليهما) فلو كان فى إحدى القريتين ألف رجل ، وفى الأخرى أقل فالدية على القريتين نصفان بلا خلاف ط عن الهندية

أقول : وقد علمت أن من الشروط الدعوى من الولى ، فإذا ادعى على إحداهما دون الأخرى كيف الحكم ، والذى يظهر لى بحثا أنه لو ادعى على إحدى المستويتين لا تسقط القسامة عن الأخرى ، لأن الوجوب عليهما فهو كما لو ادعى على معين من أهل محلة ، وأما لو ادعى على البعدى ، فهو إبراء منه للقربى ، لأن أصل الوجوب عليها وحدها كما لو ادعى على واحد من غير أهل المحلة وليراجع (قوله وقيد الدابة اتفاقى) فالحكم كذلك لو وجد طريحا بينهما ط (قوله بشرط سماع الصوت منهم) عبر عنه الزيلعى وصاحب الهداية بقيل ، لكن جزم به فى الخانية والولوالجية وتبعهما ابن كمال وصاحب الدرر ، وجعله متنا كالمصنف وكذا فى المواهب ، ووجهه ظاهر ، ومفاد أنه إن لم يسمع منه الصوت فدمه هدر ، لكن هذا إذا لم يكن المكان مملوكا أو عليه يد خاصة أو عامة كما يأتى تقريره (قوله هكذا عبارة الزيلعى) أى على ما فى بعض النسخ ، وفى بعضها مثل ما فى الدرر ويمكن إرجاع الكل إلى معنى واحد فقوله : منهم صلة سماع ، وقوله : منه حال من الصوت ، وهو معنى ما فى الكافى على أن الغالب أنه إذا كان بحيث يسمعون صوته فهو يسمع صوتهم ، لكن لما كان مدار الضمان على نسبة التقصير إليهم بعدم إغاثته كان الملحوظ سماعهم صوته لا بالعكس فأورد الشارح عبارة الدرر وغيرها لبيان المراد فى

وعبارة الدرر وغيرها منه عبارة البرجندى نقلا عن الكافى يسمعون صوته لأنه حينئذ يلحقه الغوث فيلسبون إلى التقصير فى النصرة (وإلا) بأن كان فى موضع لا يسمع منه الصوت (لا) تلزمهم نصرته فلا ينسبون إلى التقصير فلا يجعلون قاتلين تقديراً (ويراعى حال المكان الذى وجد فيه القتيل فإن كان مملوكا تجب القسامة على الملاك والدية على عاقلتهم) وكذا لو موقوفا على أرباب معلومين، لأن العبرة للملك والولاية كما أفاده المصنف مستندا للولوالجية والبزازية.

قلت: وسيجىء التصريح به فى المتن تبعا للدرر وغيرها وحينئذ فلا عبرة للقرب إلا إذا وجد فى مكان مباح لاملك لأحد ولا يد وإلا فعلى ذى الملك واليد والمراد بالولاية واليد الخصوص ولو لجماعة يحصون فلو لعامة المسلمين فلا قسامة ولا دية على أحد بدائع لكن سيجىء وجوبا فى بيت المال فتأمل والمراد باليد أيضا المحقة.

وأما الأراضى التى لها مالك أخذها وال ظالما فينبغى أن يكون القتيل فيها هدرا لأنه ليس على الغاصب دية قهستانى عن الكرمانى فليحرر

كلام المصنف فتدبر (قوله لايسمعون) كذا فيما رأيت من النسخ، والصواب إسقاط لا ليناسب التعليل (قوله وكذا لو موقوفا على أرباب معلومين) أى تجب القسامة والدية عليهم كما سيأتى (قوله على أرباب معلومين) خرج به غير المعلومين كالموقوف على الفقراء والمساكين، فالدية فى بيت المال كما سيأتى عن المصنف بحثا (قوله لأن العبرة للملك والولاية) فيه أن الولاية فى الوقت لواقفه أو لمن جعلها له لا للموقوف عليهم (قوله وحينئذ) أى حين إذ كانت الدية فى المملوك والموقوف الخاص على أربابه، فلا عبرة للقرب المشروط بسماع الصوت إلا فى مباح لا ملك عليه لأحد ولا يد: أى يد خصوص، ودخل تحت ذلك المباح شأن المفازة التى لا ينتفع بها أحد والفلاة المنتفع بها التى فى أيدى المسلمين ففيهما يعتبر للقرب بأن ينظر إلى أقرب موضع يسمع منه الصوت فتجب القسامة على أهله، فإن لم يسمع منه الصوت، فإن كان فى أيدى المسلمين، فالدية فى بيت المال كما يذكره المصنف قريبا، وإلا فهدر كما فهم من قول المصنف بشرط سماع الصوت كما قررناه وهذا مانقله ط عن الهندية عن المحيط من أن القتيل إذا وجد فى فلاة فإن مملوكة فالقسامة والدية على المالك وقبيلته، وإلا فإن كان يسمع منه الصوت من مصر أى مثلا فعليهم القسامة، وإلا فإن للمسلمين فيه منفعة الاحتطاب والاحتشاش والكلأ فالدية فى بيت المال وإلا فدمه هدر اهـ ملخصا.

وعلى هذا فقول الخانية ولو فى موضع مباح إلا أنه فى أيدى المسلمين فالدية فى بيت المال محمول على ما إذا لم يكن بقربه مصر أو قرية يستمع منه الصوت، بدليل أنه فى الخانية جزم باشتراط السماع أولا كما قدمناه عنه والحاصل أن المعتبر أولا هو الملك واليد الخاصة ثم القرب ثم اليد العامة.

[تنبيه] قال فى التاترخانية وإن لم تكن الأرض ملكا وكان يسمع منه الصوت فعلى أقرب القبائل من المصر إلى ذلك الموضع اهـ فأفاد أن القسامة ليست على جميع أهل المصر بل على أقرب قبيلة منها إلى ذلك الموضع فليحفظ (قوله ولو لجماعة يحصون) أى لو كان لواحد أو لجماعة يحصون كالموقوف على معلومين (قوله لكن سيجىء) أى فى المتن قريبا (قوله فتأمل) أشار به إلى إمكان الجمع بأن يحمل قول البدائع. ولادية على أحد أى من الناس اهـ ح: أى فلا ينافى وجوبها فى بيت المال ولكن هذا حيث لاقرب، وإلا فالوجوب على من يسمع الصوت كما علمت (قوله فليحرر) أقول: تحريره أن فيه خلافا فإن ما عزاه القهستانى إلى الكرمانى من أنه ليس على الغاصب دية هو المذكور فى شروح الهداية عند قوله الآتى، وإن بيعت ولم تقبض وقال الزيلعى هناك بخلاف ما إذا كانت الدار وديعة: أى حيث يضمن المالك، لأن هذا الضمان ضمان ترك الحفظ، وهو إنما

(وإن مباحا لكنه فى أيدى المسلمين تجب الدية فى بيت المال) لما ذكرنا أنه إذا كان بحال يسمع منه الصوت، يجب عليه الغوث كذا فى الولوالجية وفيها (ولو وجد) قتيل (فى أرض رجل إلى جانب قرية ليس صاحب الأرض منها) أى من أهل القرية (فهى عليه) على رب الأرض (لا على أهلها) أى القرية لأن العبرة للملك والولاية اه.

قلت: فهذا صريح فى أن القرب إنما يعتبر إذا وجد فى أرض مباحة لا مملوكة ولا موقوفة لأن تدبيره لأربابه وسيجىء متنا فتنبه (وإن وجد فى دار إنسان فعليه القسامة) ولو عاقلته حضورا دخلوا فى القسامة أيضا خلافا لأبى يوسف ملتقى (والدية على عاقلته) إن ثبت أنها له بالحجة كما سيجىء وكان له عاقلة وإلا فعليه (وهى) أى الدية والقسامة (على أهل الخطة) الذين خط لهم الإمام أول الفتح ولو بقى منهم واحد (دون السكان والمشترين) وقال أبو يوسف: كلهم مشتركون (فإن باع كلهم فعلى المشترين) بالإجماع (وإن وجد فى دار بين قوم لبعض

يجب على من كان قادراً على الحفظ، وهو من له يد أصالة لا يد نيابة ويد المودع يد نيابة، وكذا المستعير والمرتهن وكذا الغاصب، لأن يده يد أمانة لأن العقار لا يضمن بالغصب عندنا ذكره فى النهاية. وذكر فى الهداية ما يدل على أن الضمان على الغاصب اه: أى بناء على القول بأن الغصب يتحقق فى العقار ورجحه غير واحد من أئمتنا منح (قوله وإن مباحا الخ) أى ولا يسمع منه الصوت كما قدمناه (قوله لما ذكرنا الخ) هذا ذكره الولوالجى تعليلا لقوله قبله، وإنما تجب الديـــة والقسامة على أقرب القريتين إذا كان بحال يسمع منه الصوت، لكنه فصل بين التعليل والمعلل بما ذكره المصنف متنا من قوله: ويراعى حال المكان الخ فظن الشارح أنه تعليل لذلك، وليس كذلك لما علمت من أن محل الوجوب هنا على بيت المال إذا كان بعيداً عن العمران لا يسمع منه الصوت (قوله ليس صاحب الأرض منها) مفهومه أنه لو كان منها دخلوا معه إذا كانوا عاقلته تأمل (قوله فهذا صريح الخ) لا حاجة إليه مع ما قدمه من قوله وحينئذ فلا عبرة للقرب ط (قوله لأن تدبيره الخ) علة لمحذوف تقديره، وإلا فعلى المالك وذى الولاية لأن الخ ط (قوله فعليه القسامة) فتكرر عليه الأيمان ولوالجية ولو الدار مغلقة لا أحد فيها طورى، وهذا إذا ادعى ولى القتيل القتل على صاحب الدار، فلو ادعى على آخر فلا قسامة ولا دية على رب الدار تاترخانية (قوله ولو عاقلته حضورا) أى فى بلده كما فى الشرنبلالية عن البرهان (قوله خلافا لأبى يوسف) حيث قال: لا يدخلون معه لأنه لا ولاية لغيره على داره، ولهما أنه لما اجتمعوا للحفظ والتناصر ثبت لهم ولاية حفظ الدار بحفظ صاحبها، بخلاف ما إذا كانوا غيبا ولوالجية (قوله أى الدية والقسامة) الأولى الاقتصار على القسامة مراعاة لإفراد الضمير، لأن الدية على عاقلة أهل الخطة كما فى العناية وغيرها.

وفى الشرنبلالية ينبغى التفصيل كما تقدم فى المحلة فتجب الدية فى دعوى العمد عليهم وفى الخطأ على عاقلتهم اهـ واعترضه أبو السعود بأن التفصيل خلاف ظاهر الرواية كما مر (قوله على أهل الخطة) بالكسر هى ما أخطه الإمام أى أفرزه وميزه من أراض، وأعطاه لأحد كما فى الطلبة قهستانى (قوله دون السكان) كالمستأجرين والمستعيرين فالقسامة على أربابها، وإن كانوا غيبا تاترخانية، وكالمشترين الذين يملكون بالهبة أو المهر أو الوصية، أو غيره من أسباب الملك وإن كانوا يقبضونها قهستانى (قوله فإن باع كلهم فعلى المشترين) أى دون السكان.

والحاصل: أنه إذا كان فى محلة أملاك قديمة وحديثة وسكان فالقسامة على القديمة دون أخويها، لأنه إنما يكون ولاية تدبير المحلة إليهم، وإذا كان فيها أملاك حديثة وسكان فعلى الحديثة، وإذا كان سكان فلا شىء عليهم، وهذا كله عندهما، وأما عند أبى يوسف فالثلاثة سواء فى وجوب القسامة وتمامه فى شرح الطحاوى، قيل: هذا فى عرفهم وأما فى عرفنا فعلى المشترين لأن التدبير إليهم كما أشير إليه فى الكرمانى قهستانى، وقيد بالمحلة

أكثر فهي على) عدد (الرءوس) كالشفعة (وإن بيعت ولم تقبض) حتى وجد فيها قتيل (فعلى عاقلة البائع وفي البيع بخيار على عاقلة ذي اليد) خلافا لهما (ولا تعقل عاقلة حتى يشهد الشهود أنها) أي الدار التي فيها قتيل (لذي اليد) ولو هو القتيل كما سيجيء ولا يكفي مجرد اليد حتى لو كان به لم تدعا قلته ولا لنفسه درر معللا بأنه لا يمكن الإيجاب على الورثة للورثة ، لكن فيه بحث لما تقرر أن الدية للمقتول حتى يقضي منه ديونه ، وإن لم يبق للورثة شيء ثم الورثة يخلفون ، فيكون الإيجاب على الورثة للميت لا للورثة كذا قيل :

قلت : وقد يقال لما كان هو لايدي لنفسه فغيره بالأولى لقوة الشبهة فتأمل (وإن) وجد (في الفلك فالقسامة والدية ضرر (على من فيها من الركاب والملاحين) اتفاقا لأنه في أيديهم كالدابة (وكذا العجلة) حكمها كفلك

لأنه لو وجد قتيل في دار بين مشتر وذي خطة فإنهما متساويان في القسامة والدية بالإجماع وتمامه في العناية (قوله فهي على عدد الرءوس) فإن كان نصفها لزيد وعشرها لعمرو ، والباقي لبكر فالقسامة عليهم والدية على عاقلتهم أثلاثا متساوية لأن صاحب القليل والكثير سواء في الحفظ والتدبير ، وكذا لو وجد في نهر مشترك قهستاني (قوله فعلى عاقلة البائع) أي فالدية على عاقلة البائع هكذا قاله الشراح وفي المنح أي الدية والقسامة اهـ :

أقول : الظاهر أنه يجري فيه التفصيل المار وهو أن العاقلة إن كانوا حضورا دخلوا معه في القسامة وإلا فلا تأمل (قوله خلافا لهما) حيث قالا إن لم يكن فيه خيار فعلى عاقلة المشتري ، وإن كان فعلى عاقلة من يصير له سواء كان الخيار للبائع أو المشتري ابن كمال :

فالحاصل : أنه اعتبر اليد وهما اعتبرا الملك إن وجد وإلا توقف على قرار الملك كفاية (قوله ولا تعقل عاقلة الخ) أي إذا أنكرت العاقلة كون الدار لذي اليد وقالوا إنها وديعة أو مستعارة أو مستأجرة عناية (قوله ولا يكفي مجرد اليد) لأن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ويصلح للدفع (قوله حتى لو كان به)أي بمجرد اليد اهـ ح (قوله ولا نفسه) بالرفع عطفا على عاقلته فافهم (قوله درر الخ) عبارة الدرر وتدى عاقلته إذا ثبت أنها له بالحجة ، وهذا إذا كان له عاقلة وإلا فعليه كما مر مرارا لا بمجرد اليد ، حتى لو كان به لاتدى عاقلته ولا نفسه اهـ فقوله : ولا نفسه معناه ولا يدي هو حيث لا عاقلة له :

والحاصل : إنه إذا كانت دار في يد رجل ووجد فيها قتيل ، سواء كان القتيل ذا اليد أو غيره فلا تجب بمجرد اليد دية القتيل في الصورتين لا على عاقلة ذي اليد إن كان له عاقلة ، ولا على نفسه إن لم يكن له عاقلة ، وإنما تجب الدية إذا ثبت أنها لذي اليد ، فإذا ثبت أنها له فإن كان القتيل غيره ، فالدية على عاقلة رب الدار أو على نفسه إن لم تكن له عاقلة ، وإن كان القتيل هو رب الدار فهي مسألة خلافية سيذكرها المصنف بعد فعند الإمام ديته على عاقلة ورثته ، وعندهما لا شيء فيه لأنه لا يمكن الإيجاب على الورثة للورثة ، وللامام : أن الدية للمقتول والورثة يخلفونه فالإيجاب عليهم له لا لهم لكن يرد عليه أنه إذا لم تكن له عاقلة ولا لورثته لا يدي هو لنفسه ، فلا يدي له غيره بالأولى هذا تقرير مراد الشارح في هذا المحل ولكن تعبيره عنه غير محرر فتدبر : ويأتي تمام الكلام على المسألة الخلافية في محله (قوله فالقسامة والدية الخ) الظاهر أن الدية(١) إنما وجبت أيضا عليهم لا على عاقلتهم لعدم حضور العاقلة فلا يتأتى التفصيل المار في الدار تأمل (قوله على من فيها الخ) يشمل أربابها حتى تجب على الأرباب الذين فيها ، وعلى السكان وكذا على من يمدها والمالك في ذلك وغير المالك سواء هداية (قوله اتفاقا الخ) هذا على ماروى عن أبي يوسف ظاهر ، لأنه يجعل السكان والملاك في القتيل الموجود في المحلة ، سواء

---

(١) (قوله الظاهر أن الدية) لعل صوابه القسامة بدليل التعليل فإن أحدا لم يشترط للإيجاب على العاقلة حضورهم بل الذي اشترط فيه الحضور إنما هو القسامة كما مر في مسئلة الدار اهـ تأمل :

(وفى مسجد محلة وشارعها) الخاص بأهلها كما أفاده ابن كمال مستندا للبدائع وقد حققه منلا خسرو وأقره المصنف (على أهلها وسوق مملوك على الملاك) وعند أبى يوسف على السكان ملتقى (وفى غيره) أى غير المملوك (والشارع الأعظم) هو النافذ (والسجن والجامع) وكل مكان يكون التصرف فيه لعامة المسلمين لا لواحد منهم ولا لجماعة يحصون (لا قسامة) ولا دية على أحد ابن كمال (و) إنما (الدية على بيت المال) لأن الغرم بالغنم ثم إنما تجب الدية فيما لو ذكر على بيت المال (إن كان نائيا) أى بعيدا (عن المحلات وإلا) يكن نائيا بل قريبا منها (فعلى أقرب المحلات إليه) الدية والقسامة لأنه محفوظ بحفظ أهل المحلة ، فتكون القسامة والدية على أهل المحلة ،

فكذا هنا ، وأما عندهما ففى المحلة السكان لا يشاركون الملاك ، لأن تدبير المحلة إلى الملاك دون السكان ، وفى السفينة هم فى تدبيرها سواء ، لأنها تنقل فالمعتبر فيها اليد دون الملك كالدابة وهم فى اليد عليها سواء ، بخلاف المحلة والدار لأنها لا تنقل كفاية (قوله وفى مسجد محلة) ومثله مسجد القبيلة قال فى التاترخانية عن المنتقى إن كان فى مسجد لقبيلة ، فهو على عاقلة القبيلة ، وإن كان لا يعلم لمن المسجد وإنما يصلى فيه غرباء ، فإن كان يعلم الذى اشتراه وبناه كان على عاقلته القسامة والدية ، وإن كان لا يعرف الذى بناه كان على أقرب الدور منه ، وإن كان فى درب غير نافذ ومصلاه واحد كان على عاقلة أصحاب الدور الذين فى الدرب ، وإذا وجد القتيل فى قبيلة فيها عدة مساجد ، فهو على القبيلة وإن لم تكن قبيلة فهو على أصحاب المحلة وأهل كل مسجد محلته اهـ (قوله الخاص بأهلها) وهو غير النافذ كما يعلم من قوله فى الشارع الأعظم هو النافذ (قوله وقد حققه ابن كمال الخ) إعلم أن منلا خسرو رحمه الله تعالى قسم فى الدور الطريق إلى قسمين : خاص ، وهو غير النافذ ، وعام : وهو النافذ وهو قسمان أيضا شارع المحلة ، وهو ما يكون المرور فيه أكثريا لأهلها وقد يكون لغيرهم أيضا : والشارع الأعظم ، وهو ما يكون مرور جميع الطوائف فيه على السوية ، وأقره المصنف فى المنح ونازعه ابن كمال وكذا الشرنبلالى بأنه غير مسلم بل الحمل الصحيح أن يراد بشارع المحلة الخاص بأهلها ، وهو ما ليس نافذ الآن لزوم القسامة والدية باعتبار ترك التدبير والحفظ ، ولا يكون إلا مع الخصوص بالتصرف فى المحل ولذا قال فى البدائع : ولا قسامة فى قتيل يوجد فى مسجد الجامع ، ولا فى شوارع العامة وجسورها لأنه لم يوجد الملك ولا يد الخصوص اهـ وبه تعلم ما فى قول الشارح وقد حققه منلا خسرو (قوله والجامع) هذا إذا لم يعرف بانيه وإلا فالقسامة عليه ، والدية على عاقلته قهستانى

وفى التاترخانية عن المنتقى : وجد فى المسجد الجامع ولا يدرى قاتله أو زحمه الناس يوم الجمعة فقتلوه ، ولا يدرى من هو فعلى بيت المال كما يكون على أهل المحلة لو وجد فيها ، وكذلك لو قتله رجل بالسيف ولا يدرى من هو فعلى بيت المال (قوله لا قسامة) لأن هذا أمر يقع فى الليل عادة ولا يكون هناك أحد يحفظه والقسامة تجرى فى موضع يتوهم وجود من يعرف قاتله أفاده الإتقانى (قوله وإنما الدية على بيت المال) وتؤخذ فى ثلاث سنين ، لأن حكم الدية التأجيل كما فى العاقلة ، فكذلك غيرهم ألا ترى أنها تؤخذ من مال المقر بقتل الخطأ فى ثلاث سنين اهـ اختيار (قوله لأن الغرم بالغنم) أى لما كان عامة المسلمين هم المنتفعون بالمسجد الجامع والسجن ، والشارع الأعظم كان الغرم عليهم ، فيدفع من مالهم الموضوع لهم فى بيتهط (قوله فيما ذكر) يشمل الشارع الأعظم والسجن والجامع ، والذى رأيته فى شروح الهداية ذكر هذا القيد أعنى قوله : إذا كان نائيا فى السوق الغير المملوك ، والظاهر الإطلاق لما تقدم من أنه لو وجد فى فلاة غير مملوكة فالمعتبر القرب ، لكن فى الطورى عن الملتقى ، ولو وجد القتيل فى المسجد الحرام من غير زحام الناس ، فالدية فى بيت المال من غير قسامة اهـ فإن المسجد الحرام غير ناء عن المحلات وكذا السجن عادة فليتأمل (قوله بل قريبا منها) الظاهر أن المعتبر فى سماع الصوت

وكذا فى السوق النائى إذا كان من يسكنها فى الليالى ، أو كان لأحد فيها دار مملوكة تكون القسامة والدية عليه لأنه يلزمه صيانة ذلك الموضع ، فيوصف بالتقصير ، فيجب عليه موجب التقصير كما فى العناية معزيا للنهاية ه

قلت : وبه أفتى المرحوم أبو السعود أفندى مفتى الروم ، واعتمده المصنف وإن خلا عنه المتون ، لأنه مصرح به فى غالب الفتاوى والشروح فليحفظ (ويهدر لو) وجد (فى برية أو وسط الفرات) إذا كان يمر به الماء لا محتبسا كما سيجىء إذ لا يد لأحد وقيل : إذا كان موضع انبعاث مائه فى دار الإسلام تجب الدية فى بيت المال لأنه فى أيدى المسلمين ابن كمال (وفى نهر صغير) هو ما يستحق به الشفعة (على أهله) لاختصاصهم به (ولو كانت البرية مملوكة) أو وقفا (لأحد) كما مر وسيجىء (أو كانت قريبة من القرية) أو الأخبية أو الفسطاط بحيث يسمع منه الصوت (تجب على المالك) أو ذى اليد (أو على أهل القرية) أو أقرب الأخبية زيلعى (ولو محتبسا بالشط) أو بالجزيرة أو مربوطا أو ملقى على الشط (فعلى أقرب) المواضع إليه من القرى والأمصار زاد فى الخانية والأراضى وأقره المصنف (إذا كان يصل صوت أهل الأرض والقرى إليه وإلا لا) كما مر

(قوله وكذا فى السوق النائى الخ) استثناء فى المعنى من قوله : إذا كان نائيا أى أن الدية على بيت المال فى السوق النائى إلا إذا كان فيها من يسكنها ليلا الخ ، وأفاد أنه لا عبرة بسكنى النهار تأمل والسوق مؤنثة وتذكر كما فى القاموس (قوله موجب التقصير) بفتح الجيم هو القسامة والدية ط (قوله معزيا للنهاية) وعزاه فيها إلى مبسوط فخر الإسلام ، ومثله فى الكفاية والمعراج ، وعزاه الإتقانى إلى شرح الكافى (قوله قلت وبه) أى بما فى المتن من الوجوب على أقرب المحلات

أقول : وهو الموافق لما تقدم تقريره من أن المعتبر أولا الملك واليد الخاصة ثم القرب ثم اليد العامة (قوله فى برية) أى غير مملوكة ولا قريبة من قرية أو نحوها كما يعلم مما بعده وغير منتفع بها لعامة المسلمين ، وإلا فعلى بيت المال كما مر (قوله أو وسط الفرات) ليس بقيد بل المراد مروره فى نهر كبير احترازاً عن الصغير ، وعما لو كان محتبسا فى الشط أو مربوطا أو ملقى على الشط أفاده ابن كمال وغيره ويعلم مما بعده (قوله ابن كمال(١)) وتمام عبارته بخلاف ما إذا كان موضع انبعاثه فى دار الحرب ، لأنه يحتمل أن يكون قتيل أهل الحرب اه وعزاه إلى الكرخى جازما به ، ولم يعبر عنه بقيل كما فعل الشارح ، وكذا جزم به القهستانى ، وعزاه شراح الهدايه إلى مبسوط شيخ الإسلام وغيره ، لكن قال العلامة الإتقانى : أنه ليس بشىء لأنه خلاف ما نص عليه محمد فى الأصل والجامع الصغير والطحاوى وغيره ، حيث لم يعتبروا ذلك ، ولأن الفرات ونحوه ليس فى ولاية أحد ، فلم يلزم حفظه على أحد ، وإلا لزم اعتبار ذلك فى المفازة البعيدة أيضا ، لأنه قتيل المسلمين لا محالة اه ملخصا

قلت والمراد بموضع انبعاثه موضع انفجاره ونبعه (قوله على أهله) أى تجب القسامة والدية عليهم هداية أى عاقلتهم إتقانى تأمل (قوله أو وقفا لأحد) أى لأرباب معلومين (قوله فعلى أقرب المواضع الخ) عبارة الإمام محمد كما نقله الإتقانى ، فعلى أقرب القبائل إلى ذلك الموضع من المصر القسامة والدية اه والظاهر أن القرية كذلك لو فيها قبائل ، وإلا فأقرب البيوت

وفى البزازية : سئل محمد فيما وجد بين قريتين هل القرب معتبر بالحيطان أو الأراضى : قال : الأراضى ليست فى ملكهم وإنما تنسب إليهم كما تنسب الصحارى فعلى أقربهما بيوتا اه (قوله والأراضى) أى المملوكة لأن حكمها حكم البنيان يجب على أهلها حفظها وحفظ ماقرب إليها رحمتى (قوله وإلا لا) أى وإن لم يصل الصوت لا يجب على أهل الأرض والقرى ، بل ينظر إن وجد القتيل فى موضع ينتفع به العامة فنى بيت المال وإلا فهدر

---

(١) (قول المحشى قوله وقد حققه ابن كمال) لعل صوابه كما أفاده ابن كمال الخ أى كما يدل عليه كلامه آخر القولة فليفهم .

(وإن التقى قوم بالسيوف فأجلوا) أى تفرقوا (عن قتيل فعلى أهل المحلة) لأن حفظها عليهم (إلا أن يدعى الولى على أولئك أو) يدعى (على) بعض (معين منهم) فلم يكن على أهل المحلة شيء ولا على أولئك حتى يبرهن، لأن بمجرد الدعوى لا يثبت الحق وبرئ أهل المحلة لأن قوله حجة عليه (ومستحلف) على صيغة اسم المفعول:

(قال قتله زيد حلف بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلا غير زيد) ولا يقبل قوله فى حق من يزعم أنه قتله (وبطل شهادة بعض أهل المحلة بقتل غيرهم) خلافا لهما (أو) بقتل (واحد منهم) بعينه للتهمة (ومن خرج فى حى فنقل) منه (فبقى ذا فراش حتى مات فالدية والقسامة على) ذلك (الحى) خلافا لأبى يوسف فلو معه جريح به رمق فحمله آخر لأهله فمكث مدة فمات لم يضمن عند أبى يوسف، وفى قياس قول أبى حنيفة

كما مر (قوله وإن التقى قوم بالسيوف الخ) هذا إذا اقتتلوا عصبية؛ وإلا فلا شيء فيه كما يأتى آخر الباب مع الفرق بينهما (قوله على أولئك) أى القوم وكان التعبير به كما فى الملتقى أظهر (قوله منهم) أى القوم (قوله حتى يبرهن) أى بإقامة شاهدين من غير أهل المحلة لا منهم كما يأتى قريبا (قوله لأن بمجرد الخ) علة لقوله ولا على أولئك (قوله لأن قوله حجة عليه) لأن دعواه تضمنت براءة أهل المحلة (قوله حلف بالله الخ) يعنى لا يسقط اليمين عنه بقوله قتله فلان، غاية ما فى الباب أنه استثنى عن يمينه، وهذا لا ينافى أن يكون المقر شريكه فى القتل، أو أن يكون غيره شريكا معه و فإذا كان كذلك يحلف على أنه ما قتله ولا عرف له قاتلا غير فلان عناية (قوله ولا يقبل الخ) أشار إلى أنه ليست فائدة الاستثناء قبول قوله على زيد (قوله وبطل الخ) أى إذا ادعى الولى على رجل من غير أهل المحلة، وشهد اثنان منهم عليه لم تقبل عنده، وقالا تقبل لأنهم كانوا بعرضية أن يصيروا خصماء، وقد بطل ذلك بدعواه على غيرهم كالوكيل بالخصومة إذا عزل قبلها وله أنهم جعلوا خصماء تقديرا لإنزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم، وإن خرجوا من جملة الخصوم، فلا تقبل كالوصى إذا خرج من الوصاية ببلوغ الغلام أو بالعزل، وتمامه فى العناية وغيرها وأما لو ادعى الولى على واحد منهم بعينه، لم تقبل شهادتهما عليه إجماعا كما فى الملتقى لأن الخصومة قائمة مع الكل، لأن القسامة لم تسقط عنهم قال فى الخيرية إلا فى رواية ضعيفة عن أبى يوسف لا يعمل بها

[تنبيه] نقل الحموى عن المقدسى أنه قال: توقفت عن الفتوى بقول الإمام، ومنعت من إشاعته لما يترتب عليه من الضرر العام، فإن من عرفه من المتمردين يتجاسر على قتل الانفس فى المحلات الخالية من غير أهلها معتمدا على عدم قبول شهادتهم عليه حتى قلت: ينبغى الفتوى على قولهما لا سيما والأحكام تختلف باختلاف الأيام وقد خير المفتى إذا كان الصاحبان متفقين وتمامه فى حاشية الرحمتى، ونقله السائحانى

أقول: لكن فى تصحيح العلامة قاسم أن الصحيح قول الإمام، على أن الضرر المذكور موجود فى المسألة الثانية أيضا، وقد علمت الاتفاق فيها إلا فى رواية ضعيفة نعم القلب يميل إلى ما ذكر، ولكن اتباع النقل أسلم (قوله ومن جرح فى حى) يعنى ولم يعلم الجارح، وإلا فلا قسامة بل فيه القصاص على الجارح أو الدية على عاقلته عناية (قوله فبقى ذا فراش) أشار إلى أنه صار ذا فراش حين جرح، فلو كان صحيحا بحيث يجيء، ويذهب فلا ضمان فيه بالاتفاق كما فى العناية (قوله فالدية والقسامة على ذلك الحى) لأن الجرح إذا اتصل به الموت صار قتلا، ولهذا وجب القصاص وتمامه فى العناية (قوله خلافا لأبى يوسف) أى قال لا ضمان ولا قسامة، لأن ما حصل فى ذلك الحى مادون النفس ولا قسامة فيه فصار كما إذا لم يكن ذا فراش شرنبلالية (قوله فلو معه) أى مع رجل (قوله به رمق) هو بقية الروح إتقانى فلو كان يذهب ويجيء فلا شئ فيه كفاية (قوله فحمله آخر)

يضمن (وفى رجلين بلا ثالث وجد أحدهما قتيلا ضمن الآخر) لأن الظاهر أن الإنسان لا يقتل نفسه (ديته) عند أبى حنيفة (١) : خلافا لمحمد (وفى قتيل قرية لامرأة كرر الحلف عليها وتدى عاقلتها) وعند أبى يوسف القسامة على العاقلة أيضا قال المتأخرون والمرأة تدخل فى التحمل مع العاقلة فى هذه المسألة كذا فى الملتقى ، وهو الأصح

صوابه إسقاط لفظة آخر (٢) وعبارة الملتقى : ولو مع الجريح رجل فحمل ومات فى أهله فلا ضمان على الرجل عند أبى يوسف ، وفى قياس قول الإمام يضمن اه وقد صرح فى الولوالجية بأن هذا بناء على ما إذا كان جريحا فى قبيلة ثم مات فى أهله اه وبه علم أن الكلام فى الرجل الذى وجد فى يده الجرح فتدبر (قوله يضمن) لأن يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحا فى يده كوجوده فيها هداية ، فتجب القسامة عليه والدية على عاقلته ، فكأنه حمله مقتولا إتقانى ، وقدم فى الملتقى قول أبى يوسف كالشارح فظاهره اختياره (قوله وفى رجلين) أى كانا فى بيت كما فى الهداية قال الرملى : وفى امرأتين وامرأة ورجل كذلك ، وإذا لم يكن معه أحد فالقسامة والدية على عاقلة المالك اه (قوله بلا ثالث) إذ لو كان معهما ثالث يقع الشك فى القاتل فلا يتعين واحد منهما كفاية : وقال الرملى : قيد به لأنه لو وجد ثالث كان كالدار اه أى فتجب على المالك .

أقول : ومفاد (٣) هذه المسألة تقييد ما مر من قوله : وإذا وجد فى دار إنسان ، فعليه القسامة الخ بما إذا لم يكن مع القتيل رجل آخر وكذا قوله قبله ، وإن وجد فى مكان مملوك ، فعلى الملاك وإلا فكان الظاهر هنا وجوب الضمان على صاحب البيت الذى فيه الرجلان ، ولم أر من نبه على ذلك فليتأمل ، ثم رأيت فى الدر المنتقى بعد ذكره قول أبى يوسف ، وقول محمد قال : وفى قياس قول الإمام تكون القسامة والدية على صاحب البيت اه ومثله فى القهستانى ، وبه زال الإشكال لكن بقى أنه يقال أنهم مشوا على قول الإمام فى المسائل المارة ، حيث اعتبروا الملاك ، فلم مشى هنا فى الهداية والملتقى ، وغيرهما على قول أبى يوسف ، ولعله لعدم رواية عنه فى هذه المسألة بدليل قوله وفى قياس قول الإمام فتأمل (قوله خلافا لمحمد) حيث قال : لا يضمن لأنه يحتمل أنه قتل نفسه ، ويحتمل أنه قتله الآخر ، فلا يضمن بالشك هداية قال الرملى : يعنى فالقسامة والدية على مالك البيت أعنى عاقلته تنبه اه وقدمنا أن هذا هو قياس قول الإمام فتأمل ، وقال الرملى أيضا : وعندى أن قول محمد أقوى مدركا إذ قد يقتله غير الثانى وكثيراً ما وقع (قوله وفى قتيل قرية) الإضافة على معنى فى (قوله وتدى عاقلتها) أى أقرب القبائل إليها نسبا لا جوارا إتقانى (قوله فى هذه المسألة) قيد به ، لأن المرأة لا تدخل فى العواقل فى تحمل الدية فى صورة من الصور على ما يجىء فى المعاقل ، وتدخل فى هذه المسألة لأنا جعلناها قاتلة ، والقاتلة تشارك العاقلة ،

---

(١) (قول الشارح عند أبى حنيفة الخ) فى نسخة أخرى : عند أبى يوسف بدل أبى حنيفة وهى ظاهرة وعليها المعول اه .

(٢) (قوله صوابه إسقاط لفظة آخر) لأن المعنى عليه وقد وجد جريح فى يد رجل به رمق فحمله رجل آخر ثم مات وإذا كان كذلك لا يصح قوله وعلى قياس أبى حنيفة الخ لأن هذا الحامل الثانى بمنزلة الحامل من المحلة وهو لا يضمن . نعم قال شيخنا : قد ذكرت العبارة هكذا فى كثير من المعتبرات ويبعد خطؤهم فينبغى أن يراد بالحامل هو من وجد الجريح فى يده بدليل تعليله متلاخسرو بقوله لأنه بمنزلة المحلة والذى يقال فيه كذلك ليس إلا من وجد الجريح فى يده وهو يسمى حاملا أيضا ومثله تعليل الهداية فحيث أمكن حملها على وجه صحيح لا يكون التصويب محل اه .

(٣) (قوله ومفاده الخ) لا يظهر التقييد إلا لو كان أبو حنيفة يوجب الدية فى هذه المسئلة على من مع القتيل ، وسيصرح فى آخر عبارته بأنه لا رواية عن الإمام فيها ، وقياس قوله وجوب الدية على صاحب البيت فهذا صريح فى أن وجوب الديه على من مع القتيل ليس قول الإمام ، فلا يصح أن يكون تقييدا لمذهبه ، ولا يصح أيضا أن تكون المسألة مفرعة على قول الثانى لما أنه يعتبر السكان قلوا أو كثروا فيضيع قوله بلا ثالث . وأصل الخلاف فى اعتبار الساكن فقال أبو حنيفة : لا يعتبر إلا المالك وقال الثانى : المعتبر الساكن نعم قال شيخنا هل الإمام يعتبر المالك عند عدم التهمة الظاهرة فإذا وجدت التهمة الظاهرة يعتبر الساكن وهى لا توجد إذا كان مع القتيل واحد فقط ولا يدل فى هذا قول المحشى وقياس قول أبى حنيفة الخ تأمل اه .

ذكره الزيلعى (وإن وجد) قتيل فى دار نفسه فالدية على عاقلة ورثته) عند أبى حنيفة (وعندهما وزفر لا شىء فيه) أى فى القتيل المذكور (وبه يفتى) كذا ذكره منلا خسرو تبعا لما رجحه صدر الشريعة ، وتبعهما المصنف وخالفهم ابن الكمال فقال : لهما أن الدار فى يده حين وجد الجرح فيجعل كأنه قتل نفسه فيكون هدرا وله أن القسامة إنما تجب بظهور القتيل ، وحال ظهوره الدار لورثته فديته على عاقلتهم لا يقال العاقلة إنما يتحملون ما يجب على الورثة تخفيفا لهم ولا يمكن الإيجاب على الورثة للورثة ، لأن الإيجاب ليس للورثة بل للقتيل حتى تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه ثم يخلفه الوارث فيه وهو نظير الصبى والمعتوه إن قتل أباه تجب الدية على عاقلته وتكون له ميراثا فتنبه (ولو وجد فى أرض موقوفة أو دار كذلك) يعنى موقوفة (على أرباب معلومة فالقسامة

لأنها لما وجبت على غير المباشر فعلى المباشر أولى ، وموضوع المسألة فيما إذا وجد قتيل فى دار امرأة فى مصر ليس فيه من عشيرتها أحد أما إذا كانت عشيرتها حضورا تدخل معها فى القسامة اه كفاية (قوله وإن وجد قتيل الخ) هذا فى الحر أما المكاتب إذا وجد قتيلا فى دار نفسه فهدر اتفاقا لأن حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه لأن الكتابة لا تنفسخ إذا مات عن وفاء فجعل كأنه قتل نفسه فيها فيهدر دمه عناية وغرر الأفكار ، ثم هذا حيث لم يعلم أن اللصوص قتلته لما فى البدائع من باب الشهيد فى الجنائز ، لو نزل عليه اللصوص ليلا فى المصر ، فقتل بسلاح أو غيره فهو شهيد ، لأن القتيل لم يخلف بدلا هو مال اه

قال فى البحر هناك : وبهذا يعلم أن من قتله اللصوص فى بيته ولم يعلم له قاتل معين منهم ، لعدم وجودهم فإنه لا قسامة ، ولا دية على أحد لأنهما لا يجبان إلا إذا لم يعلم القاتل ، وهنا قد علم أن قاتله اللصوص ، وإن لم يثبت عليهم لفرارهم ، فليحفظ هذا فإن الناس عنه غافلون اه

أقول : ويشمل أيضا من قتله اللصوص فى غير بيته فتأمل (قوله فالدية على عاقلة ورثته) وقيل على عاقلته إذا اختلفت عاقلته وعاقلة ورثته ، والأول أصح كما فى الكفاية عن المبسوط قال فى العناية : ولم يذكر القسامة فى الأصل فمنهم من قال : لا تجب ومنهم من قال تجب واختاره المصنف اه أى صاحب الهداية (قوله وعندهما الخ) هو رواية عن الإمام أيضا إتقانى (قوله تبعا لما رجحه صدر الشريعة) حيث قال : والحق هذا لأن الدار فى يده حال ظهور القتل ، فيجعل كأنه قتل نفسه فكان هدرا ، وإن كانت الدار للورثة فالعاقلة إنما يتحملون الخ قال الرملى : وفى الحاوى القدسى وبه أى بقولهما نأخذ اه (قوله وخالفهم ابن الكمال) حيث جزم فى متنه بقول الإمام ولم يعرج على ما ذكره صدر الشريعة بل رد ما استند إليه بقوله لا يقال المشعر بالسقوط رأسا وكذا تبع الهداية وشروحها فى تأخير دليل الإمام المتضمن لنقض دليلهما مع دفع ما يرد عليه وكيف لا والمتون على قوله فافهم (قوله ولا يمكن الإيجاب على الورثة) أى نظرا إلى الأصل فإن ما لزم العاقلة ليس بطريق الإيجاب عليهم إبتداء بل بطريق التحمل وإنما أصل الإيجاب على الورثة ، كما أفاده بقوله إنما يتحملون الخ ، وقيل : إنه على العاقلة إبتداء وهو خلاف الصحيح كما قدمناه فى الجنايات فى فصل فى الفعلين (قوله لأن الإيجاب ليس للورثة الخ) جواب قوله لا يقال وفى هذا جواب عما ذكره الشارح قبل ورقة بقوله : وقد يقال لما كان هو لنفسه لا يدى فغيره بالأولى لقوة الشبهة اه فيقال إذا كان الإيجاب لنفسه أصالة فكيف يدى عنها فلا شبهة أصلا (قوله حتى تقضى منه الخ) أى من الواجب المفهوم من الإيجاب ، وأجاب الإتقانى أيضا بأن العاقلة أعم من أن تكون ورثة أو غير ورثة فما وجب على غير الورثة من العاقلة يجب للورثة منهم ، وهذا لأن عاقلة الرجل أهل ديوانه عندنا اه (قوله فتنبه) أى لوجه المخالفة

والدية على أربابها) لأن تدبيره إليهم (وإن كانت) الأرض أو الدار (موقوفة على المسجد فهو كما لو وجد فيه) أى فى المسجد زيلعى ودرر وسراجية وغيرها وقد قدمناه .

قلت : والتقييد بكون الأرباب الموقوف عليهم معلومين ليخرج غير المعلومين كما لو كان وقفا على الفقراء والمساكين فإن الظاهر أن الدية تكون فى بيت المال ، لأنه حينئذ يكون من جملة ما أعد لمصالح المسلمين فأشبه الجامع قاله المصنف بحثا (ولو وجد فى معسكر فى فلاة غير مملوكة ففى الخيمة والفسطاط على من يسكنهما وفى خارجهما) أى الخيمة والفسطاط (إن كانوا) أى ساكنوا خارجها (قبائل فعلى قبيلة وجد القتيل فيها ولو بين القبيلتين كان) حكمه (كما) مر (بين القريتين) ولو نزلوا جملة مختلفين فعلى كل العسكر ولو كانوا قد قاتلوا عدوا فلا قسامة ولا دية ملتقى (ولو) كانت الأرض التى نزل فيها العسكر (مملوكة فعلى المالك) بالإجماع لأنهم سكان ولا يزاحمون المالك فى القسامة والدية درر لكن فى الملتقى خلافا لأبى يوسف فتنبه (و) فيها (لو وجد فى قرية لأيتام لم يكن على الأيتام قسامة وهى على عاقلتهم) لأنهم ليسوا من أهل اليمين (وإن كان فيهم مدرك فعليه) لأنه من أهل اليمين والولاية .

[فروع] لو وجد فى دار صبى أو معتوه فعلى عاقلتهما ، ولو فى دار ذمى حلف خمسين ويدى من ماله

الصدر الشريعة وغيره وهى ظاهرة (قوله على أربابها) الظاهر أن الدية تتحملها عنهم العاقلة تأمل (قوله فهو كما لو وجد فيه) فالموجود فى وقف مسجد محلة أو مسجد الجامع كالموجود فيهما ، وحكمهما قد تقدم رملى (قوله قاله المصنف بحثا) وأقره الرملى وقال وقد تقرر أن مفهوم التصانيف حجة (قوله ولو وجد فى معسكر فى فلاة) أحسن من قول الهداية فى معسكر : أقاموا فى فلاة لأن المعسكر بفتح الكاف منزل العسكر وهو الجند فكان حقه أن يقال : فى عسكر كما قاله الإتقانى أما هنا فيصح إرادة المكان (قوله ففى الخيمة والفسطاط) أى فلو وجد القتيل فى الخيمة والفسطاط وهو الخيمة العظيمة مغرب (قوله على من يسكنهما) أى القسامة والدية لأنهما فى يده كما فى الدار زيلعى (قوله وفى خارجهما الخ) عبارة الزيلعى ، وإن كان خارجا منها ينظر فإن كانوا نزلوا قبائل متفرقين فعلى القبيلة التى وجد فيها القتيل الخ ، فالمراد كون القتيل خارج الخيمة ، والفسطاط لا العسكر فإنه غير منظور إلى كونهم فى الخارج أو الداخل ، فقول الشارح تبعا للمنح والدرر أى ساكنو خارجها فيه نظر فتدبر (قوله فعلى قبيلة الخ) لأنهم لما نزلوا قبائل قبائل فى أماكن مختلفة صارت الأمكنة بمنزلة المحال المختلفة فى المصر زيلعى (قوله كما مر بين القريتين) أى على أقربهما وإن استووا فعليهما زيلعى (قوله مختلفين) أى مختلطين (قوله فعلى كل العسكر) أى تجب غرامة ما وجد خارج الخيام عليهم كلهم زيلعى (قوله فلا قسامة ولا دية) لأن الظاهر أن العدو قتله حملا للمسلمين على الصلاح ، بخلاف المسألة المارة : وهى ما إذا اقتتل المسلمون عصبية فأجلوا عن قتيل ، فليس فيها جهة الحمل على الصلاح ، فبقى حال القتل مشكلا ، فأوجبنا القسامة والدية على أهل ذلك المكان لورود النص بإضافة القتيل إليهم عند الاشكال وكان العمل بما ورد فيه النص أولى عند الاحتمال أفاده فى العناية (قوله لكن فى الملتقى) استدراك على قوله بالإجماع ، وفى الهداية كما فى الملتقى ، وهو الموافق لما مر عن أبى يوسف فى المحلة والدار من أن السكان يشاركون الملاك ، وعلى ما فى الدرر يحتاج أبو يوسف إلى الفرق ، وقد ذكره الزيلعى بأن نزول العسكر هنا للارتحال ، فلا يعتبر والنزول فى الدار للقرار فيعتبر (قوله وفيها) انظر ما مرجع الضمير فإنى لم أر المسألة فى الدرر ولا فى الملتقى (قوله وهى على عاقلتهم) وكذا الدية وهو ظاهر ط (قوله فعليه) أى القسامة والدية ط عن الهندية .

والظاهر أن الدية تتحملها عنه عاقلته ، وهل عليه الكل أو تقسم على الرءوس كما مر فى الدار المشتركة يحرر .

ولو تعاقلوا ، فعلى العاقلة ولو مر رجل فى محلة فأصابه سهم أو حجر ولم يدر من أين ومات منه فعلى أهل المحلة القسامة والدية سراجية .

وفى الخانية : وجد بهيمة أو دابة مقتولة فلا شىء فيها وإن وجد مكاتب أو مدبر أو أم ولد قتيلا فى محلة فالقسامة والقيمة على عواقلهم فى ثلاث سنين ، ولو وجد العبد قتيلا فى دار مولاه فهدر إلا مديونا فقيمته على مولاه لغرمائه حالة وإلا مكاتبا فقيمته على مولاه مؤجلة ولو وجد المولى قتيلا فى دار مأذونه مديونا أولا فعلى عاقلة المولى ولو وجد الحر قتيلا فى دار أبيه أو إماء أو المرأة فى دار زوجها فالقسامة والدية على العاقلة ولا يحرم من الميراث اه .

كتاب المعاقل

(هى جمع معقل) بفتح فسكون فضم (وهى الدية) وتسمى عقلا لأنها تعقل الدماء من أن تسفك أى تمسكه ومنه العقل لأنه يمنع القبائح (والعاقلة أهل الديوان)

ثم رأيت فى غاية البيان عن شرح الكافى أن القسامة على المدرك ، وتكرر اليمين عليه لأنه من أهل ذلك ، وعلى أقرب القبائل منهم الدية فى الوجهين وتمامه فيها (قوله ولو تعاقلوا) أى أهل الذمة (قوله فلا شىء فيها) أى لاغرامة ولا قسامة لورود النص فى الآدمى على خلاف القياس فلا يقاس عليه غيره (قوله فى دار مولاه) أما فى غير ملك مولاه فتجب القسامة والدية شرنبلالية وتؤخذ القيمة فى ثلاث سنين كما قدمه الشارح (قوله فقيمته على مولاه الخ) أى فى ماله لأن حق الغرماء كان متعلقا بماليته وجعلناه كأنه أهلكه ولوالجية (قوله على مولاه) أى دون العاقلة خانية (قوله مؤجلة) أى فى ثلاث سنين تقضى منها كتابته ويحكم بحريته وما بقى يكون ميراثا عنه لورثته خانية (قوله فعلى عاقلة المولى) أى الدية والقسامة ط عن الهندية (قوله فالقسامة والدية على العاقلة) أى عاقلة رب الدار وعبارة الخانية ففيه القسامة والدية على العاقلة ، والظاهر أن قوله : والدية على العاقلة جملة مستأنفة ، وأن القسامة على رب الدار إلا أن يحمل على أن عاقلته حاضرون ، فتكون عليه وعليهم ، وفى الولوالجية : وإذا وجد الرجل قتيلا فى دار الأب أو الأخ فالدية على عاقلته وإن كان هو الوارث اه والله أعلم

كتاب المعاقل

كذا ترجم فى عامة المعتبرات وفيه أنه إذا كانت جمع معقلة : وهى الدية لزم التكرار ، لأن أقسام الديات مر مستوفى والمقصود هنا بيان من تجب عليهم الدية بأنواعهم وأحكامهم وهم العاقلة فالمناسب أن يترجم بالعواقل لأنه جمع عاقلة طورى وشرنبلالية (قوله جمع معقلة) كمكارم جمع مكرمة (قوله لأنها تعقل الدماء من أن تسفك) أو لأن الإبل كانت تعقل بفناء ولى المقتول ثم عم هذا الاسم ، فسميت الدية معقلة ، وإن كانت دراهم أو دنانير إتقانى (قوله أى تمسكه) الأولى تمسكها وفى بعض النسخ بدون ضمير (قوله والعاقلة أهل الديوان) قال فى المغرب الديوان الجريدة من دون الكتب إذا جمعها ، لأنها قطع من القراطيس مجموعة

ويروى أن عمر أول من دون الدواوين أى رتب الجرائد للولاة والقضاة ويقال فلان من أهل الديوان أى ممن أثبت اسمه فى الجريدة اه

وفى غاية البيان عن كافى الحاكم بلغنا عن عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه أنه فرض المعاقل على أهل الديوان ، وذلك لأنه أول من فرض الديوان ، وجعل العقل فيه ، وكان قبل ذلك على عشيرة الرجل فى أموالهم

وهم العسكر وعند الشافعي: أهل العشيرة وهم العصبات (لمن هو منهم فيجب عليهم كل دية وجبت بنفس القتل) خرج ماانقلب مالا يصلح أو بشبهة كقتل الأب ابنه عمدا فديته في ماله كما مر في الجنايات (فتؤخذ من عطاياهم) أو من أرزاقهم والفرق بين العطية والرزق أن الرزق ما يفرض في بيت المال بقدر الحاجة والكفاية مشاهرة أو مياومة والعطاء ما يفرض في كل سنة لا بقدر الحاجة بل بصبره وعنائه في أمر الدين (في ثلاث سنين) من وقت القضاء وكذا ما يجب في مال القاتل عمدا بأن قتل الأب ابنه يؤخذ في ثلاث سنين عندنا وعند الشافعي تجب حالا (فإن خرجت العطايا في أكثر من ثلاث أو أقل تؤخذ منه) لحصول المقصود (وإن لم يكن) القاتل (من أهل الديوان فعاقلته قبيلته) وأقاربه

ولم يكن ذلك منه تغييرا لحكم الشرع، بل تقريراً له لأنه عرف أن عشيرته كانوا يتحملون بطريق النصرة فلما كان التناصر بالرايات جعل العقل عليهم، حتى لا يجب على النسوان والصبيان لأنه لا يحصل بهم التناصر اهـ.

وفي المعراج طعن بعض الملحدين وقال لا جناية من العاقلة، فتكون في مال القاتل لقوله تعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى. قلنا إيجابها عليهم مشهور ثبت بالأحاديث المشهورة، وعليه عمل الصحابة والتابعين، فيزاد به على الكتاب على أن العاقلة يتحملون باعتبار تقصيرهم وتركهم حفظه ومراقبته وخصوا بالضم، لأنه إنما قصر لقوته بانصاره فكانوا هم المقصرين، وكانوا قبل الشرع يتحملون عنه تكرما واصطناعا بالمعروف، فالشرع قرر ذلك وتوجد هذه العادة بين الناس فإن من لحقه خسران من سرقة أو حرق يجمعون له مالا لهذا المعنى اهـ ملخصا (قوله وهم العسكر) أي المراد بهم هنا العسكر قال في الدر المنتقى: فالنساء والذرية ممن له حظ في الديوان وكذا المجنون لا شيء عليهم من الدية، واختلف في دخولهم لو باشروا القتل مع العاقلة في الغرامة، والصحيح أنهم يشاركون العاقلة كما في الشرنبلالية عن التبيين اهـ (قوله لمن هو منهم) أي يعقلون لقاتل هو منهم قال في غرر الأفكار فإن كان غازيا فعاقلته من يرزق من ديوان الغزاة، وإن كان كاتبا فعاقلته من يرزق من ديوان الكتاب اهـ وقيده في الدر المنتقى كالقهستاني بكونه من أهل مصرهم، لا من مصر آخر وقيل مطلقا

قلت: وفي الهداية ولا يعقل أهل مصر لأهل مصر آخر إذا كان لأهل مصر ديوان على حدة، وقال الإتقاني وهذا إذا كان ديوان كل واحد من المصرين مختلفا لأنه لم يوجد التناصر بينهما حينئذ، وأما إذا كان ديوانهما واحدا وكان الجاني من أهل ديوان ذلك المصر الآخر يعقل عنه أهل ذلك المصر (قوله خرج ما انقلب مالا الخ) أي خرج القتل الذي انقلب موجبه إلى المال بعارض صلح أو شبهة فإنه لم يجب بنفس القتل فلا تتحمله العاقلة كما يأتي (قوله فتؤخذ من عطاياهم أو من أرزاقهم) أي لا من أصول أموالهم.

قال في الهداية: ولو كانت عاقلة رجل أصحاب الرزق يقضى بالدية في أرزاقهم في ثلاث سنين، لأن الرزق في حقهم بمنزلة العطاء ثم ينظر إن كانت تخرج أرزاقهم في كل سنة، فكلما خرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء أو في كل ستة أشهر يؤخذ منه سدس الدية أو في كل شهر يؤخذ بحصته من الشهر حتى يكون المستوفى في كل سنة مقدار الثلث، وإن كان لهم أرزاق في كل شهر وأعطية في كل سنة فرضت في الأعطية لأنه أيسر، لأن الأعطية أكثر والرزق لكفاية الوقت فتعسر الأداء منه اهـ (قوله والفرق الخ) وقيل العطية ما يفرض للمقاتل والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين إذا لم يكونوا مقاتلين ونظر فيه الإتقاني (قوله في ثلاث سنين) اعلم أن الواجب إذا كان ثلث الدية، أو أقل يجب في سنة واحدة، وما زاد على الثلث إلى تمام الثلثين في السنة الثانية، وما زاد على ذلك إلى تمام الدية في السنة الثالثة هداية، وفيها: ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى كل واحد عشر الدية في ثلاث سنين اعتبار للجزء بالكل (قوله من وقت القضاء) أي بالدية لا من يوم القتل والجناية كما قال الشافعي غرر الأفكار (قوله فإن خرجت العطايا الخ) ذكر في المجمع ودرر البحار أنها تؤخذ في ثلاث سنين، سواء خرجت في أقل

وكل من يتناصر هو به تنوير البصائر .

(وتقسم) الدية (عليهم في ثلاث سنين لا يؤخذ في كل سنة إلا درهم أو درهم وثلث ولم تزد على كل واحد من كل الدية فى ثلاث سنين على أربعة) على الأصح ثم السنين بمعنى العطيات قهستانى فليحفظ (فإن لم تسع القبيلة لذلك ضم اليهم أقرب القبائل نسبا على ترتيب العصبات والقاتل) عندنا (كأحدهم ولو) القاتل (امرأة أو صبيا

أو أكثر قال فى غرر الأفكار : لكن فى الهداية وغيرها أنه أن أعطيت العطايا فى ثلاث سنين مستقبلة بعد القضاء بالدية فى سنة واحدة ، أو فى أربع سنين تؤخذ الدية كلها منها فى سنة واحدة أو أربع سنين ، لأن وجوبها فى العطاء للتخفيف ، وذا حاصل فى أى وقت أخذ ، فعلى هذا كان المراد من ثلاث سنين ثلاث أعطية ، ولو اجتمعت عطايا سنين ماضية قبل القضاء بالدية ، ثم خرجت بعد القضاء لا تؤخذ منها لأن الوجوب بالقضاء اه

أقول : فعلى هذا يفرق بين العطاء والرزق فإن الرزق إذا خرج فى أقل من ثلاث سنين يؤخذ بقدره كما قدمناه فالسنين فيه على حقيقتها ، بخلاف العطاء تأمل ثم رأيت التصريح بالفرق فى المجتبى معللا بأن الرزق لما كان مقدرا بالكفاية ، لزم الحرج بالأخذ منه فى أقل من ثلاث سنين (قوله وكل من يتناصر هو به) قال فى الهداية والتبيين : ويعقل أهل كل مصر عن أهل سوادهم ، لأنهم أتباع لأهل المصر ، فإنهم إذا حزبهم أمر استنصروا بهم فيعقلونهم أهل المصر باعتبار معنى القرب والنصرة ، ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه أهل الكوفة ، لأنه يستنصر بأهل ديوانه لا بجيرانه .

والحاصل أن الاستنصار بالديوان أظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والنسب والولاء ، وقرب السكنى ، وبعد الديوان النصرة بالنسب ، وعلى هذا يخرج كثير من مسائل المعاقل منها أخوان ديوان أحدهما بالبصرة ، وديوان الآخر بالكوفة لا يعقل أحدهما عن صاحبه وإنما يعقل عنه أهل ديوانه ، ومن جنى جناية من أهل البصرة ، وليس له فى أهل الديوان عطاء ، وأهل البادية أقرب إليه نسبا ومسكنه المصر عقل عنه أهل الديوان من ذلك المصر ، ولم يشترط أن يكون بينه وبين أهل الديوان قرابة لأن أهل الديوان هم ، الذين يذبون عن أهل المصر ، ويقومون بنصرتهم ، وقيل إذا لم يكونوا قريبا له لا يعقلونه وإنما يعقلونه إذا كانوا قريبا له وله فى البادية أقرب منهم نسبا ، لأن الوجوب بحكم القرابة ، وأهل المصر أقرب منهم مكانا فكانت القدرة على النصرة لهم ، وصار نظير مسألة الغيبة المنقطعة اه أى أن للولى الأبعد أن يزوج إذا كان الأقرب غائبا غيبة منقطعة وذكر الإتقانى أن القول الثانى أصح (قوله على الأصح) وقيل يؤخذ من كل واحد فى كل سنة ثلاثة دراهم أو أربعة كما فى الملتقى (قوله ثم السنين الخ) كان المناسب أن يذكره بالفاء عقب قوله : فإن خرجت العطايا الخ (قوله فإن لم تسع القبيلة لذلك) أى بأن تكون قلائل ، فتصير الحصة أكثر من ثلاثة أو أربعة در منتقى ثم عبارة الهداية وغيرها تتسع بتاءين فى أوله ، فكان على المصنف التعبير به أو حذف اللام من قوله لذلك والقبيلة غير قيد .

قال فى الهداية : وعلى هذا حكم الرايات إذا لم تتسع لذلك أهل راية ضم إليهم أقرب الرايات يعنى أقربهم نصرة إذا حزبهم أمر الأقرب فالأقرب ويفوض ذلك إلى الإمام لأنه هو العالم به اه (قوله على ترتيب العصبات) فيقدم الإخوة ثم بنوهم ثم الأعمام ثم بنوهم مثلا إذا كان الجانى من أولاد الحسين رضى الله عنه ، ولم يتسع حيه لذلك ضم إليه قبيلة الحسن رضى الله عنه ، ثم بنوهم فإن لم تتسع هاتان القبيلتان له ضم عقيل ثم بنوهم كما فى الكرمانى وآباء القاتل وأبناؤه لا يدخلون فى العاقلة وقيل يدخلون ، وليس أحد الزوجين عاقلا للآخر وتمامه فى القهستانى (قوله والقاتل عندنا كأحدهم) يعنى إذا كان من أهل العطاء أما إذا لم يكن فلا شىء عليه من الدية

أومجنونا) فيشاركهم على الصحيح زيلعي (وعاقلة المعتق قبيلة سيده ويعقل عن مولى الموالاة مولاه وقبيلة مولاه ؛
(و) اعلم أنه (لا تعقل عاقلة جناية عبد ولا عمد) وإن سقط قوده بشبهة أو قتلهابنه عمدا كما مر (ولاما لزم بصلح أو اعتراف) ولا مادون نصف عشر الدية لقوله عليه الصلاة والسلام « لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا

عندنا أيضا ذكره في المبسوط وعند الشافعي لا شيء عليه مطلقا معراج (قوله فيشاركهم على الصحيح) تقدم في القسامة أنه اختيار المتأخرين ومشى في الهداية هنا على عدم المشاركة قال في الكفاية : وهو اختيار الطحاوى وهو الأصح وهو أصل رواية محمد اه لكن ذكر في العناية أن ما تقدم إنما هو فيما إذا وجد القتيل في دار امرأة فأدخلها المتأخرون مع العاقلة لتقديرها قاتلة بسبب وجوب القسامة أما ماهنا فهو فيما إذا كانت قاتلة حقيقة ، الفرق أن القسامة تستلزم وجوب الدية على المقسم ، إما بالاستقلال أو بالدخول في العاقلة عندنا بالاستقراء وقد تحقق الملزوم ، فتحقق اللازم بخلاف القتل مباشرة فإنه قد لايستلزم الدية اه ملخصا وعليه فليس في المسألة اختلاف تصحيح لاختلاف الموضوع فتأمل (قوله قبيلة سيده) أى مع سيده كما في الشرنبلالية عن البرهان ، وعبارة الملتقى وعاقلة المعتق ، ومولى الموالاة مولاه وعاقلته وهى أخصر وأظهر (قوله جناية عبد) من إضافة المصدر إلى فاعله وأما إذا جنى حر على نفس عبد فسيأتى ط (قوله ولا عمد) أى في النفس أو الطرف فإن العمد لايوجب التخفيف بتحمل العاقلة فوجب القود به قهستانى .

[تنبيه] قال في الأشباه : لا تعقل العاقلة العمد إلا في مسألة ما إذا عفا بعض الأولياء ، وصالح فإن نصيب الباقين ينقلب مالا وتتحمله العاقلة اه .

أقول : وقد قدمنا في باب القود فيما دون النفس عن العلامة قاسم أنه خلاف الرواية ولم يقل به أحد ، والذى في سائر الكتب أنه في مال القاتل فتنبه (قوله أو قتله ابنه عمدا) الأولى كقتله كما عبر به فيما مر آنفا ليكون تمثيلا للشبهة ، ومنها ما إذا قتلا رجلا وأحدهما صبى أو معتوه والآخر عاقل بالغ أو أحدهما بحديد والآخر بعصا (قوله ولا ما لزم بصلح) أى عن دم عمد أو خطأ اه ط فإنه على القاتل حالا إلا إذا أجل قهستانى (قوله أو اعتراف) أى بقتل خطأ فإنه على المقر في ثلاث سنين قهستانى (قوله ولامادون نصف عشر الدية) أى ما دون أرش الموضحة وهو خمسمائة ، وهذا خاص فيما دون النفس ، أما بدل النفس فتتحمله العاقلة وإن قل كما لوقتل مائة رجلاحرا فعلى عاقلة كل مائة درهم ، أو قتل رجل عبدا قيمته مائة مثلا لزمت العاقلة لأن بدل النفس ثبت بالنص وجوبه على العاقلة اه ملخصا من العناية والكفاية ؛

[تنبيه] قدم الشارح قبيل فصل الجنين أن الصحيح أن حكومة العدل لا تتحملها العاقلة مطلقا : أى وإن بلغت أرش الموضحة وذكر الإتقانى عن الكرخى ، أن العاقلة لا تعقل جناية وقعت في دار الحرب فالدية في مال الجانى (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام الخ) ذكره فقهاؤنا في كتبهم عن ابن عباس موقوفا ومرفوعا لكن قيل إنه من كلام الشعبى قال في القاموس : وقول الشعبى لاتعقل العاقلة عمدا ولاعبدا وليس بحديث كما توهم الجوهرى معناه : أن يجنى الحر على عبد لا العبد على حر كما توهم أبوحنيفة لأنه لوكان المعنى على ما توهم ، لكان الكلام لا تعقل العاقلة عن عبد ، ولم يكن ولا تعقل عبدا . قال الأصمعى كلمت في ذلك أبا يوسف بحضرة الرشيد ، فلم يفرق بين عقلته وعقلت عنه حتى فهمته اه أى لأنه يقال عقلت القتيل إذا أعطيت ديته وعقلت عن فلان إذا لزمته دية فأعطيتها عنه ، وأجيب بأن عقلته يستعمل بمعنى عقلت عنه ، ويدل عليه السياق ، وهو قوله عمدا وكذا السياق ، وهو ولا صلحا ولا اعترافا لأن معناه عن عمد ، وعن صلح وعن اعتراف تأمل والأحسن أن يجاب بأنه من الحذف والإيصال ، والأصل عن عبد ؛

ولا صلحا ولا اعترافا ولا مادون أرش الموضحة بل الجانى » (إلا أن يصدقوه فى إقراره أو تقوم حجة) وإنما قبلت بالبينة هنا مع الإقرار مع أنها لا تعتبر معه لأنها تثبت ما ليس بثابت باقرار المدعى عليه وهو الوجوب على العاقلة (ولو تصادق القاتل وأولياء المقتول على أن قاضى بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالبينة وكذبهما العاقلة فلا شىء عليها) أى على العاقلة لأن تصادقهما ليس بحجة عليهم ولا عليه فى ماله إلا حصته لأن تصادقهما حجة فى حقهما زيلعى .

واعلم أن الخصم فى ذلك هو الجانى ؛ لأن الحق عليه ، ولو كان صبيا فالخصم أبوه خانية .

قلت : يؤخذ من قوله الخصم هو الجانى لا العاقلة جواب حادثة الفتوى : وهى أن صبيا فقأ عين صبية فماتت فأراد وليها تحليف العاقلة على نفى فعل الصبى والجواب أنه لا تحليف لأن ذلك فرع صحة الدعوى وهى غير متوجهة على العاقلة وبقى هنا شىء وهو أن العاقلة ، لو أقروا بفعل الجانى هل يصح إقرارها بالنسبة اليهم حتى

وأقوى دليل على ذلك ما رواه الإمام محمد فى موطئه بقوله : حدثنى عبد الرحمن بن أبى الزناد عن أبيه عن عبد الله بن عتبة بن مسعود ؛ عن عباس رضى الله تعالى عنهما قال : لا تعقل العاقلة عمدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما جنى المملوك اه فقد جعل الجانى مملوكا (قوله بل الجانى) ليس من لفظ الحديث، وإنما هو عطف على جملة قوله : واعلم أنه لا تعقل عاقلة جناية عبد الخ أى بل يتحمل ذلك الجانى وحده : أى ولو حكما كمولى العبد كما أفاده القهستانى ، أو هو عطف على قوله : ولا ما لزم بصلح أو اعتراف وأتى به ليربط قول المصنف إلا أن يصدقوه بما قبله من المتن (قوله أو تقوم حجة) هذا إذا أقامها قبل أن يقضى بها القاضى أى بالدية على المقر ، أما لو قضى بها فى ماله ثم أقامها ليحولها إلى العاقلة لم يكن له ذلك ، لأن المال قد وجب عليه بقضاء القاضى فلا يكون له أن يبطل قضاءه ببينته صرح به فى المبسوط اه رملى (قوله بإقرار المدعى عليه) متعلق بثابت وضمير وهو عائد على ما (قوله ولاعليه فى ماله) معطوف على قوله فلا شىء عليها والضمير للقاتل (قوله لأن تصادقهما) علة للزوم القاتل حصة فقط ، وإنما لم يلزم جميع الدية كما فى المسألة الأولى ، لأنه لم يوجد التصديق من الولى بالقضاء بالدية على العاقلة فى الأولى وقد وجد هنا فافترقا أفاده الزيلعى (قوله فى ذلك) أى فى دعوى القتل ط (قوله لأن الحق عليه) أى وإنما يثبت على العاقلة بطريق التحمل خانية (قوله لا العاقلة) هذا ليس فى عبارة الخانية ، لكنه أخذه من مفهوم الحصر فى قوله هو الجانى (قوله وهى غير متوجهة على العاقلة) بل على أبيه إن كان له أب ، وظاهره أنه لا يلزم شىء بتلك الدعوى ط (قوله وبقى هنا شىء الخ) تخريج للجواب من وجه آخر محصله : أنا إذا قلنا بصحة إقرارهم ، يلزم جريان الحلف ، لأن القاعدة أن كل موضع لو أقر به لزمه ، فإذا أنكر يستحلف إلا فى اثنتين وخمسين صورة تقدمت آخر الوقف ، ليست هذه منها ، لكن أورد عليه أن الخصم هو الجانى كما مر ، ولا يستحلف من ليس بخصم ، ومقتضاه أن لا يصح إقرارهم ، ووجهه أن الدية إنما تلزمهم بطريق التحمل عن القاتل فإقرارهم فى الحقيقة إقرار عليه ، فإذا لم يصلح إقرارهم عليه لم يلزمهم موجبه ، إذ لا يمكن تحمل ما ليس بثابت ، بخلاف ما إذا أقر بالقتل وصدقوه فإنه يلزمهم كما مر ، لأن تصديقهم ألزمهم تحمل ما هو ثابت بإقراره هذا .

والذى حرره العلامة الرملى : لزوم التحليف على نفى العلم لما صرحوا به من أنه لو قال : كفلت بمالك على زيد وأقر الكفيل بأن له على زيد كذا وأنكره زيد ، ولا بينة لزم الكفيل دون الأصيل فبه علم أن الإقرار إذا وجد نفاذا على المقر لا يتوقف على الأصل ، إذ هو حجة وإن كانت قاصرة ، ومسألتنا نظير هذه قال : وقد

يقضى عليهم بالدية أم لا فإن قلنا : نعم ينبغي أن يجرى الحلف فى حقهم لظهور فائدته قاله المصنف بحثا فليحرر (وإن جنى حر على نفس عبد خطأ فهى على عاقلته) يعنى إذا قتله لأن العاقلة لا تتحمل أطراف العبد وقال الشافعى : لا تتحمل النفس أيضا (ولا يدخل صبى وامرأة ومجنون فى العاقلة إذا لم يتناصروا) يعنى لو القاتل غيرهم وإلا فيدخلون على الصحيح كما مر (ولا يعقل كافر عن مسلم ولا بعكسه) لعدم التناصر (والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم) لأن الكفر كله ملة واحدة يعنى إن تناصروا والا ففى ماله فى ثلاث سنين كالمسلم كما بسطه فى المجتبى وإذا لم يكن للقاتل عاقلة كلقيط وحربى أسلم (فالدية فى بيت المال) فى ظاهر الرواية وعليه الفتوى درر وبزازية وجعل الزيلعى رواية وجوابها فى ماله رواية شاذة ؛

قلت : وظاهر ما فى المجتبى عن خوارزم من أن تناصرهم قد انعدم وبيت المال قد انهدم يرجح وجوبها

ظفرت بالنقل ففى الثالث من جامع الفصولين : دعوى القتل الخطأ على القاتل تسمع والبينة عليه تقبل بغيبة العاقلة ودعوى الدية على العاقلة بغيبة القاتل، هل يصح فعلى قياس ما كتبناه عن بغ فى آخر الفصل السادس ينبغى أن لا تصح دعواه كل الدية عليهم اه ملخصا أى فإن مفهومه إأن تصح بقدر ما يخصهم من الدية تأمل (قوله قاله المصنف) أى قال قلت يؤخذ إلى هنا (قوله يعنى إذا قتله الخ) لاحاجه إليه مع قول المتن : نفس عبد اه ح ، نعم ذكر الزيلعى ذلك على عبارة الكنز ، لأنه ليس فيها ذكر النفس ، فكان المناسب للشارح أن يقول : قيد بالنفس ، لأن العاقلة الخ (قوله لا تتحمل أطراف العبد) لأنه يسلك بها مسلك الأموال ، ولذا لا يجرى فيها القصاص بين الحر والعبد إتقانى (قوله إذا لم يتناصروا) كذا فيما رأيت من النسخ، وصوابه إذا لم يباشروا ، لأنهم عللوا عدم دخولهم فى العاقلة بأنهم ليسوا من أهل النصرة ، ولهذا كان أصل الرواية عدم دخولهم وإن باشروا كما قدمنا تقريره (قوله وإن اختلفت مللهم) قيده فى الملتقى بقوله إن لم تكن العداوة بين الملتين ظاهرة كاليهود مع النصارى اه وهو مستفاد من قول الشارح يعنى إن تناصروا (قوله كالمسلم) عبارة الاتقانى وغيره، وإلا ففى ماله فى ثلاث سنين من يوم يقضى به كما فى المسلم، وهذا فى الذمى أما المسلم ففى بيت المال (قوله كما بسطه فى المجتبى) حيث قال لأن الوجوب فى الأصل على القاتل ، وإنما يتحول على العاقلة بالقضاء ، فإذا لم يوجد له عاقلة بقيت الدية عليه كتاجرين مسلمين فى دار الحرب قتل أحدهما صاحبه فعقله فى ماله اه (قوله وحربى أسلم) أى ولم يوال أحدا (قوله فالدية فى بيت المال) لأن جماعه المسلمين ؛ هم أهل نصرته ولهذا إذا مات كان ميراثه لبيت المال ، فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال زيلعى وهداية ومفاده أنه لو له وارث معروف لا يلزم بيت المال ويأتى التصريح به (قوله وجعل الزيلعى) وكذا صاحب الهداية وغيره (قوله عن خوارزم) أى حاكيا عن حال أهل خوارزم اه ح وعبارة المجتبى ؛

قلت : وفى زماننا بخوارزم لا يكون إلا فى مال الجانى إلا إذا كان من أهل قرية أومحلة يتناصرون لأن العشائر فيها قد وهت ورحمة التناصر من بينهم قد رفعت وبيت المال قد انهدم ، نعم أسامى أهلها مكتوبة فى الديوان ألوفا ومئات لكن لا يتناصرون به فتعين أن يجب فى ماله اه (قوله يرجح وجوبها فى ماله) خبر قوله وظاهر ، قلت ولا حاجة إلى جعله ترجيحا للرواية الشاذة ، بل يمكن ترجيح ما ذكر على ظاهر الرواية فإن أصل الوجوب على القاتل ، وحيث لا عاقلة تتحمل عنه ، ولا بيت مال يدفع منه يؤخذ ذلك من ماله كما مر فى الذمى فظاهر الرواية مبنى على انتظام بيت المال ، وإلا لزم إهدار دماء المسلمين فتدبر ، ثم رأيته كذلك فى مختصر النقاية وشروحها للقهستانى حيث قال : ومن لا عاقلة له أى من العرب والعجم يعطى الدية من بيت المال إن كان موجودا

فى ماله فيؤدى فى كل سنة ثلاثة دراهم أو أربعة كما نقله فى المجتبى عن الناطفى قال وهذا حسن لابد من حفظه وأقره المصنف فليحفظ فقد وقع فى كثير من المواضع أنها فى ثلاث سنين فافهم وهذا (إذا كان) القاتل (مسلما) فلو ذميا ففى ماله إجماعا بزازية (ومن له وارث معروف مطلقا) ولو بعيدا أو محروما برق أو كفر (لايعقله بيت المال) وهو الصحيح كما بسطه فى الخانية (ولا عاقلة للعجم) وبه جزم فى الدرر قاله المصنف لعدم تناصرهم وقيل لهم عواقل لأنهم يتناصرون كالأساكفة والصيادين والصرافين والسراجين فأهل محلة القاتل وصنعته عاقلته وكذلك طلبة العلم .

قلت : وبه أفتى الحلوانى وغيره خانية زاد فى المجتبى : والحاصل أن التناصر أصل فى هذا الباب ومعنى التناصر أنه إذا حزبه أمر قاموا معه فى كفايته وتمامه فيه .

وفى تنوير البصائر معزيا للحافظية والحق أن التناصر فيهم بالحرف فهم عاقلته إلى آخره فليحفظ وأقره

أو مضبوطا وإلا أى وإلا يكن كذلك فعلى الجانى (قوله فيؤدى فى كل سنة الخ) فظاهره عدم التقييد بثلاث سنين وإلا فعلى من يكون الباقى على أنه مع هذا هو مشكل أيضا ، لأنه إذا أدى فى كل سنة من عمره ثلاثة دراهم أو أربعة فمتى تنقضى الدية ، وإذا مات فهل يسقط الباقى أو يؤخذ من تركته أو من غيرها : لم نر من أوضح هذا المقام (قوله قال) أى صاحب المجتبى ونصه: قلت : وهذا حسن لابد من حفظه فقد رأيت فى كثير من المواضع أنه يجب الدية فى ماله فى ثلاث سنين اه .

أقول : وجوبها فى ماله فى ثلاث سنين هو الموافق لما ذكروه فى الذمى ، ولا إشكال فيه فليتأمل فما ذكره فى كثير من المواضع هو الأعدل فعنه لا يعدل (قوله وهذا) أى وجوبها فى بيت المال أو الخلاف فى وجوبها فى بيت المال أو فى ماله (قوله فلو ذميا) أى لا عاقلة له (قوله ومن له وارث معروف) هذا قيد آخر لقوله : وإن لم يكن للقاتل عاقلة فالدية فى بيت المال كما نبه عليه قاضيخان ، حيث ذكر أن ما سبق محمول على ما إذا لم يكن للقاتل وارث معروف بأن كان لقيطا أو من يشبهه اه .

وقدمنا أنه مفاد كلام الزيلعى والهداية وبحث الرملى بأنه مخالف لإطلاق عامة الكتب ، وأطال فى ذلك ولكن قاضيخان من أجل من يعتمد على تصحيحه لأنه فقيه النفس كما قال العلامة قاسم (قوله أو محروما برق أو كفر) كمستأمن اشترى عبدا مسلما فأعتقه ثم رجع المستأمن إلى داره فاسترق ثم جنى العتيق فهو فى ماله لأن له وارثا معروفا ، وهو المعتق مع أن ميراثه لو مات لبيت المال ، لأن معتقه رقيق فى الحال أفاده فى الخانية عن الأصل ، وكذا لو كان المعتق ذميا يكون العقل فى مال الجانى أيضا لما مر أن الكافر لا يعقل المسلم ، فلا يرد ما مر من أن عاقلة العتيق قبيلة سيده كذا ظهر لى (قوله لا يعقله بيت المال) بل يكون فى ماله وإن كان له وارث مستحق كما يستفاد مما قررناه فإنه إذا ورثه بيت المال ولم يعقله ، فإذا لم يرثه فعقله فى ماله بالأولى ، ولا شىء على الوارث لأن فرض المسألة فيمن لا عاقلة له (قوله ولا عاقلة للعجم) جمع عجمى وهو خلاف العربى وإن كان فصيحا مغرب (قوله وبه جزم فى الدرر) وهو قول أبى بكر البلخى وأبى جعفر الهندوانى ، لأن العجم لم يحفظوا أنسابهم ، ولا يتناصرون فيما بينهم ، وليس لهم ديوان وتحمل الجناية على الغير عرف ، بخلاف القياس فى حق العرب ، وبه أخذ الأستاذ ظهير الدين خانية (قوله عاقلته) أى إذا كانوا يتناصرون فيما بينهم ط ، ولا تنس ما مر من أنه لا يؤخذ فى كل سنة من كل واحد من العاقلة أكثر من درهم أو درهم وثلث (قوله إذا حزبه أمر) فى المغرب حزبهم أمر أصابهم من باب طلب (قوله وتمامه فيه) حيث قال : وإن كان له متناصرون من أهل الديوان والعشيرة والمحلة والسوق ، فالعاقلة أهل الديوان ثم العشيرة ثم أهل المحلة وبه قال الناطفى ط (قوله والحق الخ)

القهستانى لكن حرر شيخ مشايخنا الحالوتى إن التناصر منتف الآن لغلبة الحسد والبغض وتمنى كل واحد المكروه لصاحبه فتنبه :

قلت : وحيث لا قبيلة ولا تناصر فالدية فى ماله أو بيت المال :

كتاب الوصايا

يعم الوصية والإيصاء يقال : أوصى إلى فلان أى جعله وصيا والاسم منه الوصاية وسيجىء فى باب مستقل

قلت : المدار على التناصر كما ذكروه فمتى وجد بطائفة فهم عاقلته وإلا فلا ط (قوله لكن حرر الخ) هو تأييد لما جزم به فى الدرر (قوله فالدية فى ماله) أى عند عدم وجود بيت المال أو عدم انتظامه كما قدمناه والله تعالى أعلم :

كتاب الوصايا

يراده آخر الكتاب ظاهر المناسبة ، لأن آخر أحوال الآدمى فى الدنيا الموت ، والوصية معاملة وقت الموت وله زيادة اختصاص بالجنايات والديات لما أن الجناية قد تفضى إلى الموت الذى وقته وقت الوصية عناية والمراد هنا أنه آخر نسبى لنعم على ما فى الهداية هو حقيقى لأنه لم يذكر فيها الفرائض لكن فيه أنه ذكر فى الهداية بعده كتاب الخنثى فهو نسبى أيضا كما أفاده الطورى (قوله يعم الوصية والإيصاء الخ) فى المغرب أوصى إلى زيد بكذا إيصاء ووصى به توصية والوصية والوصاة اسمان فى معنى المصدر ثم سمى الموصى به وصية والوصاية بالكسر مصدر لوصى وقيل الإيصاء طلب الشىء من غيره ليفعله على غيب منه حال حياته وبعد وفاته :

وفى حديث الظهار : استوصى بابن عمك خيرا أى اقبلى وصيتى فيه ، وانتصاب خيرا على المصدر أى استيصاء خيرا اه : وفى المصباح : وصيت إلى فلان توصية وأوصيت إليه إيصاء والإسم الوصاية بالكسر والفتح لغة ، وأوصيت إليه بمال جعلته له اه : وفى القاموس : أوصاه ووصاه توصية عهد إليه والإسم الوصاة والوصاية والوصية اه :

ونقل الإمام النووى عن أهل اللغة : أنه يقال أوصيته ووصيته بكذا وأوصيت ووصيت له وأوصيت إليه جعلته وصيا :

قلت : وبه ظهر أنه لا فرق فى اللغة بين المتعدى بنفسه أو باللام أو بإلى فى أن كلا منها يستعمل بمعنى جعلته وصيا وإن المتعدى بإلى يستعمل بمعنى تمليك المال ، وأن كلا من الوصية والإيصاء يأتى لهما ، وأن التفرقة بين المتعدى باللام والمتعدى بإلى اصطلاحية شرعية كما يفهم من الدرر ، وبه صرح الطورى عن بعض المتأخرين ، وكأنهم نظروا فى ذلك إلى أصل المعنى ، فإن معنى أوصيت إليه عهدت إليه بأمر أولادى مثلا ، ومعنى أوصيت له : ملكت له كذا فعدوا كلا منهما بما يتعدى به ما تضمنا معناه :

ثم اعلم : أن جمع وصية وصايا وأصله وصايى فقلبت الياء الأولى همزة لوقوعها بعد ألف مفاعل ، ثم أبدلت كسرتها فتحة فانقلبت الياء الأخيرة ألفا ثم أبدلت الهمزة ياء لكراهة وقوعها بين ألفين بقى أن عمومه للوصية والإيصاء ليس على معنى أنه جمع لهما كما لا يخفى ، بل على معنى أن الوصية تأتى اسما من المتعدى بإلى والمتعدى باللام فجمعت على وصايا مرادا بها كل من المعنيين فلا يرد أن ذكر باب الوصى فى هذا الكتاب على سبيل

وأوصى لفلان بمعنى ملكه بطريق الوصية فحينئذ (هى تمليك مضاف إلى ما بعد الموت) عيناكان أو دينا :
قلت : يعنى بطريق التبرع ليخرج نحو الإقرار بالدين فانه نافذ من كل المال كما سيجىء ولا ينافيه وجوبها لحقه تعالى فتأمله (وهى) على ما فى المجتبى أربعة أقسام (واجبة بالزكاة) والكفارة (و) فدية (والصيام والصلاة التى فرط فيها) ومباحة لغنى ومكروهة لأهل فسوق (وإلا فمستحبة) ولاتجب للوالدين والأقربين لأن آية البقرة منسوخة بآية النساء :

التطفل فليتأمل (قوله فحينئذ) تفريع على قوله بمعنى ملكه بطريق الوصية ، والأوضح أن يقول : وهى تمليك بزيادة واو ويرجع الضمير إلى الوصية فى كلامه ط (قوله عيناكان أو دينا) عبارة المنح وغيره عينا أومنفعة اه ح (قوله بطريق التبرع) متعلق بتمليك اه ح وهذا القيد ذكره الزيلعى تبعا للنهاية (قوله ليخرج نحوالإقرار بالدين) أى الإقرار به لأجنبى ، وفيه أن القائلين من علمائنا : بأن الإقرار إخبار لا تمليك استدلوا بهذه المسألة ، فإنه لو كان تمليكا لزم أن لاينفذ من كل المال كما أوضحناه فى كتاب الإقرار ، فحينئذ لاحاجة لإخراجه لأنه لم يدخل والتحقيق أن قيد التبرع لإخراج التملك بعوض كالبيع والإجارة وأنه احترز بقوله مضاف إلى ما بعد الموت عن نحو الهبة فإنها تمليك تبرع للحال (قوله كما سيجىء) أى فى أول باب العتق فى المرض (قوله ولا ينافيه الخ) جواب سؤال يرد على قوله يعنى بطريق التبرع تقريره ظاهر ، وأشار بقوله فتأمله إلى دقة الجواب ، وذلك لأن الواجب لحقه تعالى لما سقط بالموت أشبه التبرع ولم يكن كديون العباد اه ح :

أقول : هذا مبنى على أن المراد بالتبرع ما إن شاء فعله ، وإن شاء تركه وعلى ما قدمناه يراد به ما كان مجانا لا بمقابلة عوض وبه يندفع السؤال (قوله وهى على ما فى المجتبى) عبارته والوصية أربعة أقسام واجبة كالوصية برد الودائع والديون المجهولة ، ومستحبة كالوصية بالكفارات وفدية الصلاة والصيام ونحوها ومباحة كالوصية للأغنياء من الأجانب والأقارب ، ومكروهة كالوصية لأهل الفسوق والمعاصى اه وفيه تأمل لما قاله فى البدائع الوصية بما عليه من الفرائض والواجبات كالحج والزكاة والكفارات واجبة اه شرنبلالية . ومشى الزيلعى على ما فى البدائع ، وفى المواهب تجب على مديون بما عليه لله تعالى أو للعباد ، وهذا ما مشى عليه المصنف خلافا لما فى المجتبى من التفرقة بين حقوقه تعالى ، وحقوق العباد وما مر من سقوط ما وجب لحقه تعالى بالموت لايدل على عدم الوجوب لأن المراد سقوط أدائها، وإلا فهى فى ذمته فقول الشارح على ما فى المجتبى : أى من حيث التقسيم إلى الأربعة تأمل (قوله ومباحة لغنى) لعل المراد إذا لم يقصد القربة أما لو أوصى له لكونه من أهل العلم أو الصلاح إعانة له أو لكونه رحما كاشحا أو ذا عيال فينبغى ندبها تأمل (قوله ومكروهة لأهل فسوق) يرد عليه ما فى صحيح البخارى لعل الغنى يعتبر فيتصدق والسارق يستغنى بها عن السرقة والزانية عن الزنا وكان مراده ما إذا غلب على ظنه إنه يصرفها للفسوق والفجور اه رحمتى :

أقول : وظاهر ما مر أنها صحيحة لكن سيأتى آخر باب الوصية للأقارب تعليل القول ببطلان الوصية بتطيين القبر بأنها وصية بالمكروه وسيأتى تمامه هناك (قوله وإلا فمستحبة) أى إذا لم يعرض لها مايبطلها (قوله ولاتجب الخ) رد على من قال بوجوبها للوالدين والأقربين إذاكانوا ممن لا يرثون لآية البقرة ، وهى قوله تعالى — كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت — الآية والمراد بآية النساء آية المواريث :

وأخرج البخارى فى صحيحه عن عطاء وابن عباس رضى الله تعالى عنهم قال : كان المال للولد ، فكانت الوصية للوالدين فنسخ الله ذلك بأحب ، فجعل للذكر مثل حظ الأنثيين ، وجعل للأبوين لكل واحد منهما

(سببها) ماهو (سبب التبرعات وشرائطها كون الموصى أهلا للتمليك) فلم تجز من صغير ومجنون ومكاتب إلا إذا أضاف لعتقه كما سيجىء (وعدم استغراقه بالدين) لتقدمه على الوصية كما سيجىء (و) كون (الموصى له حيا وقتها) تحقيقا أو تقديرا ليشمل الحمل الموصى له فافهمه فإن به يسقط إيراد الشرنبلالية (و) كونه (غير وارث) وقت الموت (ولا قاتل) وهل يشترط كونه معلوما ؟

قلت : نعم كما ذكره ابن سلطان وغيره فى الباب الآتى (و) كون (الموصى به قابلا للتمليك بعد موت الموصى) بعقد من العقود مالا أو نفعا موجودا للحال أم معدوما

السدس ، وروى فى السنن مسندا إلى أبى أمامة رضى الله تعالى عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « إن الله أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث » وأخرجه الترمذى وابن ماجه ، وقال الترمذى حسن وهذا الحديث مشهور تلقته الأمة بالقبول ، ونسخ الكتاب جائز عندنا بمثله اتقانى (قوله سببها ما هو سبب التبرعات) وهو تحصيل ذكر الخير فى الدنيا ووصول الدرجات العالية فى العقبى نهاية ، وهذا فى المستحبة ، أما الواجبة فالظاهر أن سببها سبب الأداء ، وهو خطاب الله تعالى بأداء تلك الواجبات ، وقد قالوا إن القضاء يجب بما يجب به الأداء فتدبر (قوله أهلا للتمليك) الأولى قول النهاية أهلا للتبرع (قوله كما سيجىء) أى بعد نحو ورقة (قوله وعدم استغراقه) أى الموصى به بالدين أى إلا بإبراء الغرماء قهستانى (قوله كما سيجىء) أى فى المتن قريبا (قوله وقتها) أقول فى التاترخانية : الموصى له إذا كان معينا من أهل الاستحقاق يعتبر صحة الإيجاب يوم أوصى ومتى كان غير معين يعتبر صحة الإيجاب يوم موت الموصى ، فلو أوصى بالثلث لبنى فلان ، ولم يسمهم ولم يشر إليهم فهى للموجودين عند موت الموصى ، وإن سماهم أو أشار إليهم فالوصية لهم ، حتى لو ماتوا بطلت الوصية لأن الموصى له معين فتعتبر صحة الإيجاب يوم الوصية اهـ ملخصا (قوله ليشمل الحمل) أى قبل أن تنفخ فيه الروح إذ بعد النفخ يكون حيا حقيقة اهـ ح (قوله إيراد الشرنبلالية) حيث قال : يرد عليه الوصية للحمل إذ يشترط وجوده لا حياته ، لأن نفخ الروح يكون بعد وجدانه وقتا غير حى اهـ ح (قوله وكونه غير وارث) أى إن كان ثمة وارث آخر وإلا تصح كما لو أوصى أحد الزوجين للآخر ولا وارث غيره كما سيجىء (قوله وقت الموت) أى لا وقت الوصية حتى لو أوصى لأخيه وهو وارث ثم ولد له ابن صحت الوصية للأخ ولو أوصى لأخيه وله ابن ثم مات الابن قبل موت الموصى بطلت الوصية زيلعى (قوله ولا قاتل) أى مباشرة كالخاطىء والعامد بخلاف المتسبب ، لأنه غير قاتل حقيقة ، وهذا إذا كان ثمة وارث وإلا صحت وكان القاتل مكلفا ، وإلا فتصح للقاتل لو صبيا أو مجنونا كما سيأتى (قوله وهل يشترط كونه) أى كون الموصى له معلوما أى معينا شخصا كزيد أو نوعا كالمساكين ، فلو قال : أوصيت بثلثى لفلان أو فلان بطلت عنده للجهالة كما سيذكره قبيل وصايا الذمى وفى الولوالجية أوصت أن يعتق عنها أمة بكذا ويعطى لها من الثلث كذا ، فإن كانت الأمة معينة جازت الوصيتان وإلا جازت الوصية بالعتق دون المال إلا أن تفوض ذلك إلى الوصى ، وتقول أعطها إن أحببت فإن محمدا ذكر فيمن أوصى أن تباع أمته ممن أحببت تجبر الورثة على بيعها ممن أحبت فإن أبى الرجل أن يأخذها بقيمتها يحط عنه مقدار ثلث مال الموصى اهـ ملخصا ؛

قلت : يؤخذ منه أن الوصية لمجهول تصح عند التخيير ووجهه ظاهر فإن هذه الجهالة لا تفضى إلى المنازعة لارتفاعها بتعيين من له التخيير بخلاف ما لو قال لرجل أو قال لزيد أو عمرو تأمل (قوله بعقد) متعلق بالتمليك (قوله مالا أو نفعا الخ) تعميم للموصى به (قوله أم معدوما) أى وهو قابل للتمليك بعقد من العقود قال فى النهاية ولهذا قلنا بأن الوصية بما تثمر نخيله العام أو أبدا تجوز ، وإن كان الموصى به معدوما لأنه يقبل التمليك حال

وأن يكون بمقدار الثلث ؛

(وركنها قوله : أوصيت بكذا لفلان وما يجرى مجراه من الألفاظ المستعملة فيها) ؛

وفى البدائع : ركنها الإيجاب والقبول وقال زفر : الإيجاب فقط قلت والمراد بالقبول ما يعم الصريح والدلالة بأن يموت الموصى له بعد موت الموصى بلا قبول كما سيجىء (وحكمها كون الموصى به ملكا جديدا للموصى له) كما فى الهبة فيلزمه استبراء الجارية الموصى بها (وتجوز بالثلث للأجنبى) عند عدم المانع (وإن لم يجز الوارث ذلك لا الزيادة عليه

حياة الموصى بعقد المعاملة ، وقلنا بأن وصيته بما تلد أغنامه لا تجوز استحسانا ، لأنه لا يقبل التمليك حال حياة الموصى بعقد من العقود اهـ وفى القهستانى : الموصى به إذا كان معينا أو غير معين وهو شائع فى بعض المال يشترط وجوده عند الوصية وإن كان شائعا فى كله يشترط عند الموت كما إذا أوصى بمعز من غنمى أو من مالى ، فإنه يشترط وجود المعز فى الأول عند الوصية وفى الثانى عند الموت اهـ ومثله فى التاترخانية ويأتى تمامه فى الباب الآتى (قوله وأن يكون بمقدار الثلث) أى إن كان ثمة وارث ولم يجزها بالأكثر وبما قررناه ظهر أن هذه الشروط بعضها شروط لزوم وهى ما توقفت لحق الغير ونفذت بإجازته وبعضها شروط صحة (قوله وما يجرى مجراه الخ) فى الخانية قال أوصيت لفلان بكذا ولفلان بكذا وجعلت ربع دارى صدقة لفلان ، قال محمد أجيز هذا على الوصية . وقال أبو يوسف فى سؤال عرض عليه وأما قوله : جعلت هو وصية لا يشترط فيها القبض والإفراز اهـ ملخصا ؛

وفى النهاية : وأما بيان الألفاظ المستعملة فيها ففى النوادر عن محمد إذا قال إشهدوا أنى أوصيت لفلان بألف درهم وأوصيت أن لفلان فى مالى ألف درهم ، فالأولى وصية والأخرى إقرار وفى الأصل قوله سدس دارى لفلان وصية وقوله لفلان سدس فى دارى إقرار ، وعلى هذا قوله لفلان ألف درهم من مالى وصية استحسانا إذا كان فى ذكر وصيته ، وفى مالى إقرار وإذا كتب وصيته بيده ثم قال : اشهدوا على فى هذا الكتاب جاز استحسانا وإن كتبها غيره لم يجز اهـ ملخصا (قوله وفى البدائع الخ) عبارتها على ما فى الشرنبلالية : وأما ركن الوصية فقد اختلف فيه قال أصحابنا الثلاثة : أى الإمام وصاحباه : هو الإيجاب والقبول الإيجاب من الموصى والقبول من الموصى له فما لم يوجد جميعا لا يتم الركن ، وإن شئت قلت ركن الوصية الإيجاب من الموصى ، وعدم الرد من الموصى له ، وهو أن يقع اليأس عن رده ، وهذا أشمل لتخريج المسائل وقال زفر الركن هو الإيجاب من الموصى فقط اهـ وكلام المصنف تبعا لشراح الهداية يشير إلى أن القبول شرط لا ركن وما فى البدائع هو الموافق لما يذكرونه فى سائر العقود كالبيع ونحوه من أن الركن كل منهما (قوله قلت الخ) عزاه فى الشرنبلالية إلى الخلاصة ، والظاهر أن المراد بالقبول دلالة عدم الرد فهو بمعنى ما قدمناه عن البدائع من قوله : وإن شئت قلت الخ ثم المعتبر فى القبول والرد ما بعد الموت لا ما قبله كما سيأتى (قوله بأن يموت الخ) : تصوير للدلالة ومثله الوصية للحمل وبقى لو الموصى له غير معين كالفقراء والظاهر أن القبول غير شرط أو هو موجود دلالة تأمل (قوله كما سيجىء) أى فى الورقة الثانية (قوله وحكمها الخ) هذا فى جانب الموصى له أما فى جانب الموصى ، فقد مر أنها أربعة أقسام أفاده فى الشرنبلالية قال ط وفيه أن المراد بالحكم هنا الأثر المترتب على الشىء وفيما مر ما يعبر عنه بالصفة (قوله عند عدم المانع) أى من قتل أو حرابة أو استغراق بالدين أو نحو ذلك (قوله لا الزيادة عليه الخ) فإذا أوصى بما زاد على الثلث ولم يكن إلا وارث يرد عليه وأجازها ، فالبقية له وإن أجاز من لا يرد عليه ففرضه فى البقية ، وباقيها لبيت المال

إلا أن تجيز ورثته بعد موته) ولا تعتبر إجازتهم حال حياته أصلا بل بعد وفاته (وهم كبار) يعنى يعتبر كونه وارثا أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية على عكس إقرار المريض للوارث (وندبت بأقل منه) ولو (عند

فلو أوصى بثلثى ماله وأجازت الزوجة فلها ربع الثلث واحد من اثنى عشر مخرج الثلثين وربع الباقى ، ولبيت المال ثلاثة ولزيد ثمانية وتمامه فى شرح السائحانى على منظومة ابن الشحنة فى الفرائض ، وإن لم تجز وأوصى لها أيضا أو لا فقد أوضحه فى الجوهرة فراجعها (قوله إلا أن تجيز ورثته الخ) أى بعد العلم بما أوصى به أما إذا علموا أنه أوصى بوصايا ولا يعلمون ما أوصى به ، فقالوا أجزنا ذلك لا تصح إجازتهم خانية عن المنتقى : ونقل السائحانى عن المقدسى إذا أجاز بعض الورثة جاز عليه بقدر حصته لو أجازت كل الورثة ، حتى لو أوصى لرجل بالنصف ، وأجاز أحد وارثين مستويين كان للمجيز الربع ولرفيقه الثلث وللوصى له الثلث الأصلى ونصف السدس من قبل المجيز اه ومثله فى غاية البيان.

[تنبيه] إذا صحت الإجازة بعد الموت يتملكه المجازله من قبل الموصى عندنا وعند الشافعى من قبل المجيز كما فى الزيلعى وسيجىء بيان ذلك آخر الباب الآتى (قوله ولا تعتبر الخ) أى لأنها قبل ثبوت الحق لهم لأن ثبوته عند الموت ، فكان لهم أن يردوه بعد وفاته بخلاف الإجازة بعد الموت ، لأنه بعد ثبوت الحق وتمامه فى المنح وفى البزازية تعتبر الإجازة بعد الموت لا قبله هذا فى الوصية ، أما فى التصرفات المفيدة لإحكامها كالاعتاق وغيره إذا صدر فى مرض الموت ، وأجازه الوراث قبل الموت لا رواية فيه عن أصحابنا قال الإمام علاء الدين السمرقندى : أعتق المريض عبده ورضى به الورثة قبل الموت لايسعى العبد فى شىء وقد نصوا على أن وارث المجروح إذا عفى عن الجارح يصح ولا يملك المطالبة بعد موت المجروح اه (قوله وهم كبار) المراد أن يكونوا من أهل التصرف ويأتى تمامه (قوله يعنى يعتبر الخ) الأنسب جعل هذه مسألة مستقلة فيعبر بالواو ط.

قلت : لعل الشارح يشير إلى أخذ ذلك من عبارة المصنف بجعل الظرف ، وهو بعد موته مما تنازع فيه قوله تجيز وقوله ورثته ولما كان فيه خفاء أتى بلفظة يعنى تأمل (قوله وقت الموت لا وقت الوصية) لأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت فيعتبر التمليك وقته زيلعى وقدمنا عنه التفريع على ذلك (قوله على عكس إقرار المريض) فيعتبر كونه وارثا أو غير وارث عند الإقرار ، حتى لو أقر لغير وارث جاز وإن صار وارثا بعد ذلك ، لكن بشرط أن يكون ارثه بسبب حادث بعد الإقرار كما لو أقر لأجنبية ، ثم تزوجها بخلاف ما إذا كان السبب قائما لكن منع منه مانع ثم زال بعده كما لو أقر لابنه الكافر أو العبد ، ثم أسلم أو عتق فإنه يبطل الإقرار كالوصية والهبة كما سيأتى متنا فما ذكره الزيلعى ، وغيره تبعا للنهاية من أنه لو أقر لابنه العبد لا يبطل بالعتق ، لأن إرثه بسبب حادث بعد الإقرار ولأنه فى المعنى إقرار لمولاه الأجنبى ، فقد رده العلامة الإتقانى بأنه سهو لا يصح نقله فقد نص على خلافه فى الجامع الصغير اه.

قلت : بل هو مخالف للمتون أيضا كما يأتى على أن كون الإرث فيه بسبب حادث محل نظر نعم ذكر فى الهداية أنه لو غير مديون يصح وإلا فلا وسيأتى فتدبر (قوله ولو عند غنى ورثته الخ) أشار بزيادة لو الوصلية إلى أن الوصية بما دون الثلث عند عدم الغنى أو الاستغناء مستحبة أيضا ، وهو كذلك لما قال فى الهداية ، ويستحب أن يوصى بدون الثلث ، سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء ، لأن فى التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم ، بخلاف استكماله الثلث لأنه استيفاء تمام حقه فلا صلة ثم هل الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها؟ قالوا إن كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك أولى لما فيه من الصدقة على القريب ، وقد قال عليه الصلاة والسلام « أفضل

غني ورثته أو استغنائهم بحصتهم كتركها) أى كما ندب تركها (بلا أحدهما) أى غنى واستغناء لأنه حينئذ صلة وصدقة (وتؤخر عن الدين) لتقدم حق العبد (وصحت بالكل عند عدم ورثته) ولو حكما كمستأمن لعدم المزاحم (ولمملوكه بثلث ماله) اتفاقا وتكون وصية بالعتق فإن خرج من الثلث فيها وإلا سعى بقية قيمته وإن فضل من الثلث شيء فهو له (وبدراهم أو بدنانير مرسلة لا) تصح فى الأصح كما لا تصح بعين من أعيان ماله له

الصدقة على ذى الرحم الكاشح » ولأن فيه رعاية حق الفقر والقرابة جميعا ، وإن كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فالوصية أولى ، لأنه يكون صدقة على الأجنبي والترك هبة من القريب ، والأول أولى لأنه يبتغى بها وجه الله تعالى وقد قيل فى هذا الوجه يخير لاشتمال كل على فضيلة وهو الصدقة أو الصلة اه كلام الهداية.

وحاصله : أنه لا تنبغي الوصية بتمام الثلث بل المستحب التنقيص عنه مطلقا لأنه عليه الصلاة والسلام قد استكثر الثلث بقوله « والثلث كثير » لكن التنقيص عند فقر الورثة وإن كان مستحبا إلا أن ثمة ما هو أولى منه ، وهو الترك أصلا فإن المستحب تتفاوت درجاته ، وكذا المسنون والمكروه وغيرهما ، وبهذا ظهر لك أن اتيان الشارح المحقق بلو الوصلية موافق للهداية فافهم هذا وفى القهستاني : إذا كان المال قليلا لا ينبغي أن يوصى على ما قال أبو حنيفة : وهذا إذا كان الأولاد كبارا فلو صغارا فالترك أفضل مطلقها على ما روى عن الشيخين كما فى قاضيخان اه : فالتفصيل إنما هو فى الكبار أما الصغار فترك المال لهم أفضل ولو كانوا أغنياء.

[تنبيه] قال فى الحاوى القدسى من لا وارث له ولا دين عليه فالأولى أن يوصى بجميع ماله بعد التصدق بيده (قوله أو استغنائهم بحصتهم) أى صيرورتهم أغنياء بأن يرث كل منهم أربعة آلاف درهم على ما روى عن الإمام أو يرث عشرة آلاف درهم على ما روى عن الفضلى قهستانى عن الظهيرية ، واقتصر الإتقانى على الأول (قوله أى غنى واستغناء) عبر بالواو إشارة إلى أن المراد بقوله بلا إحداهما عدمهما معا إذ لو وجد أحدهما دون الآخر كان المندوب الفعل لا الترك فيناقض ما قبله فتدبر (قوله لأنه) أى ترك الوصية (قوله كمستأمن) فإنه إذا أوصى بكل ماله لمسلم أو ذمى جاز لأن المنع عن الوصية بالكل لحق الورثة ، ولا حق للورثة فى دار الحرب ولو الحية ، وسيأتى تمامه فى باب وصايا الذمى (قوله لعدم المزاحم) علة لقوله وصحت ومابعده (قوله وتكون وصية بالعتق) أى تكون هذه الوصية وصية للعبد بنفسه تصحيحا لها وبما زاد على قيمته إلى تمام الثلث (قوله فإن خرج من الثلث الخ) فيه أجمال وبيانه ما نقله ط عن الهندية عن البدائع إن كان المال دراهم أو دنانير وقيمة ثلثى العبد مثل ما وجب له صار قصاصا ، ولو فى المال زيادة دفعت إليه أو فى ثلثى العبد زيادة دفعت إلى الورثة ، وإن كان عروضا لا يصير قصاصا إلا بالتراضى ، لاختلاف الجنس ، ويسعى فى ثلثى قيمته وله ثلث سائر أمواله وهذا عنده ، وأما عندهما فكله مدبر ، فيعتق كله مقدما على سائر الوصايا فإن زاد الثلث على قيمته دفع الورثة إليه وإن قيمته أكثر سعى فى الفضل اه ملخصا.

قلت : والخلاف مبنى على تجزى الإعتاق وعدمه كما فى شرح المجمع ، وأشار بتقدم العتق على سائر الوصايا إلى ثمرة الخلاف ، وأوضحها فى العزمية بما إذا أوصى بثلث ماله لقنه الذى قيمته ألف درهم ، وأوصى بثلثى ألف درهم للفقراء ومات وترك العبد وألفى درهم عتق عنده ثلث العبد مجانا والثلثان من قيمته بين العبد والفقراء سوية ، ويدفع العبد للفقراء ثلث قيمته وعندهما يعتق أولا كل العبد مجانا ولا شيء للفقراء اه فتأمل : ثم إن ظاهره أن كون هذه وصية بالعتق مبنى على قولهما تأمل (قوله أو بدنانير الخ) لو صدر بلا فقال لا بدنانير لكان أوضح والمراد بالمرسلة كما سيذكره الشارح فى الباب الآتي المطلقة غير المقيدة بثلث أو نصف أو نحوهما اه : أي كما إذا

(وصحت لمكاتب نفسه أو لمدبره أو لأم ولده) استحسانا لا لمكاتب وارثه (و) صحت (للحمل وبه) كقوله (أوصيت بحمل جاريتي أو دابتي هذه لفلان ثم إنما تصح إن ولد) الحمل (لأقل من ستة أشهر) لو زوج الحامل حيا ولو ميتا وهي معتدة حين الوصية فلأقل من سنتين بدليل ثبوت نسبه اختياره وجوهرة ولا فرق بين الآدمي وغيره من الحيوانات ، فلو أوصى لما في بطن دابة فلان لينفق عليه صح ومدة الحمل للآدمي ستة أشهر وللفيل إحدى عشرة سنة وللإبل والخيل والحمار سنة وللبقر تسعة أشهر وللشاة خمسة أشهر ، وللسنور شهران ، وللكلب أربعون يوما وللطير أحد وعشرون يوما قهستاني معزيا للاستيفاء (من وقتها) أي من وقت

قال بمائة مثلا فافهم (قوله وصحت لمكاتب نفسه) أي إذا لم يعجز نفسه ولو بعد موت السيد ، أما إذا عجز نفسه فهل يكون في حكم الوصية للملوك حرره نقلا اه ط (قوله أو لمدبره أو لأم ولده) لأن نفاذها بعد موت السيد وهما حينئذ حران اه ط (قوله لا لمكاتب وارثه) لأنه عند موت الموصي باق على ملك الوارث ، فتكون وصية للوارث تأمل ، وفي القهستاني لا تصح لعبد وارثه ومدبره وأم ولده ، لأنه وصية للوراث حقيقة ، بخلاف الوصية لابن وارثه كما في النظم اه (قوله وصحت للحمل) لأنها استخلاف من وجه ، لأنه يجعله خليفة في بعض ماله والجنين يصلح خليفة في الإرث ، فكذا في الوصية ولا يقال شرطها القبول والجنين ليس من أهله ، لأنها تشبه الهبة والميراث فلشبهها بالهبة يشترط القبول ، إذا أمكن ولشبهها بالميراث يسقط إذا لم يمكن عملا بالشبهين ، ولهذا يسقط بموت الموصى له قبل القبول زيلعي (قوله وبه) أي بالحمل لأنه يجري فيه الإرث ، فتجري فيه الوصية أيضا لأنها أخته زيلعي ، وهذا إذا لم يكن الحمل من المولى إتقاني وأشار إليه الشارح.

[تنبيه] قدمنا في باب اللعان عن فتح القدير أن توريث الحمل والوصية به ، وله لا يثبتان إلا بعد الانفصال فيثبتان للولد لا للحمل اه.

أقول : والمراد ثبوت حكمهما وإلا فهما ثابتان قبل ذلك فلا ينافي كلامهم هنا .

[فرع] في الظهيرية لو أعتق الورثة الحمل الموصى به جاز اعتاقهم ويضمنون قيمته يوم الولادة اه.

أقول : ووجهه ما علمت أن الوصية به لا يثبت حكمها إلا بعد الولادة فهو قبلها على ملك الورثة تبعا لأمه وبالولادة ثبت حق الموصى له وقد أتلفوه عليه فضمنوا قيمته وقتها تأمل (قوله لأقل من ستة أشهر) إذ لو ولد لستة أشهر أو لأكثر احتمل وجوده وعدمه فلا تصح أفاده الإتقاني (قوله ولو ميتا) مثل الموت الطلاق البائن ط .

أقول : ومثله لو أقر الموصي بأنها حامل فتثبت الوصية له إن وضعته ما بين سنتين من يوم أوصى ، لأن وجوده في البطن عند الوصية ثبت بإقرار الموصي ، فإنه غير متهم فيه لأنه موجب له ما هو خالص حقه بناء على هذا الإقرار ، وهو الثلث فيلحق بما لو صار معلوما يقينا بأن وضعته لأقل من ستة أشهر اه كذا نقله شيخ مشايخنا العلامة محمد التافلاتي الحنفي مفتي القدس الشريف عن مبسوط السرخسي (قوله فلأقل من سنتين) أي من وقت الموت أو الطلاق ولو كان لأكثر من ستة أشهر من وقت الوصية ط (قوله ولا فرق) أي في صحة الوصية للحمل أو به (قوله لينفق عليه) قيد به لما سيأتي من قوله أوصى بهذا التبن لدواب فلان ، فإن الوصية باطلة ولو قال يعلف بها دواب فلان جاز (قوله صح) أي إذا قبل فلان إتقاني لأنها وصية له كما سيأتي (قوله ومدة الحمل) أي أقل مدته وهو صريح ما في القهستاني ط (قوله وللفيل إحدى عشرة سنة) الذي رأيته في نسختي القهستاني

الوصية وعليه المتون :

وفى النهاية من وقت موت الموصى وفى الكافى ما يفيد أنه من الأول إن كان له ومن الثانى إن كان به زاد فى الكنز ولا تصح الهبة للحمل لعدم قبضه ولا ولاية لأحد عليه ليقبض عنه زيلعى وغيره فلو صالح أبو الحمل عنه بما أوصى له لم يجز لأنه لا ولاية للأب على الجنين ولوالجية :

قلت : وبه علم جواب حادثة الفتوى وهى أنه ليس للوصى ولو مختارا التصرف فيما وقف للحمل بل قالوا الحمل لايلى ولا يولى عليه (وصحت بالأمة إلا حملها) لما تقرر أن كل ما صح افراده بالعقد

أحد عشر شهرا فلتراجع نسخة أخرى (قوله وعليه المتون) أفاد بذلك اعتماده ط (قوله وفى الكافى الخ) أقول هذا الذى ينبغى اعتماده فإن أصحاب المتون كما صرحوا بما مر فقد صرحوا أيضا فى آخر باب الوصية بالخدمة بأنه لو أوصى بصوف غنمه وولدها أى الحمل له الموجود عند موته وأقره الشارح فهو مخصص لإطلاقهم هنا فافهم (قوله إن كان له) أى إن كان الإيصاء للحمل لما مر أن من الشرائط كون الموصى له موجود أوقت الوصية ولا يتيقن بوجوده إلا إذا ولد لأقل من ستة أشهر من وقتها (قوله إن كان به) لما قدمناه عن النهاية من أن الموصى به إن كان معدوما لابد من أن يكون قابلا للتمليك بعقد من العقود ولذا لم تجز الوصية بما تلد أغنامه (قوله لعدم قبضه) بيان للفرق بين الوصية والهبة فإن الهبة تمليك محض والملك بالهبة إنما يثبت بالقبض والجنين غير صالح لذلك أفاده فى العناية أما الوصية فهى تمليك من وجه واستخلاف من وجه كما قدمنا (قوله لأنه لا ولاية للأب على الجنين) لأن ثبوت الولاية لحاجة المولى عليه إلى النظر ولا حاجة للجنين إلى ذلك ، ولأن الجنين فى حكم جزء من أجزاء الأم ، وكما لا يثبت للأب الولاية على الأم فكذلك على ما هو من أجزائها ، وكذلك الأم لو كانت هى التى صالحت ، لأن الأبوة فى الولاية أقوى فإذا كانت لا تثبت للأب ، فالأم أولى والجنين وإن كان بمنزلة جزء منها من وجه فهو فى الحقيقة نفس مودعة فيها فلاعتبار معنى النفسية صحت الوصية ، والوصية للأجزاء لا تصح ، ولا يمكن تصحيح هذا الصلح من الأم باعتبار الجزئية لهذا المعنى اه تافلاتى عن المبسوط (قوله قلت وبه علم الخ) هو للمصنف فى المنح ط وفى حاشية الأشباه للحموى فى قاعدة التابع تابع : ينبغى أن يقال إن كان شيئا يخشى عليه التلف فللولى بيعه ، وإلا فإن كان حيوانا فكذلك لأن مؤنته تستغرقه بالنفقة ، ولوعقارا فلا هذا ما ظهر لى تفقها والقواعد تقتضيه اه (قوله بل قالوا الخ) إضراب إنتقالى فإنه أفاد أنه لا تثبت الولاية عليه أصلا فضلا عن صحة التصرف وعدمها فافهم : قال الرملى : والنقل فى عدم ولاية الأب والوصى على الجنين متظاهر كثير اه :

[تنبيه] أفتى فى الحامدية أخذا مما هنا بأنه لايصح نصب الأب وصيا على حمله ، لكن فى الأشباه أول كتاب البيوع ينبغى أن يصح الوقف عليه كالوصية . قال الحموى : أى عليه فأفاد أنه يصح نصب وصى عليه وهو موافق لبحثه المار وبه أفتى العلامة ابن الشلبى مستندا إلى قولهم إن الوقف على الحادثين من أولاده صحيح ، وقولهم إن الوقف أخو الوصية ، فحيث دخلوا فى الوقف دخلوا فيها أيضا :

أقول : فيه نظر فإن الظاهر أن مرادهم الوصية التى هى التمليك فإن الوقف أخوها لأنه تصدق بالمنفعة والكلام فى نصب الوصى على الحمل وذلك لايشبه الوقف عليه كما لايخفى ، وبه ظهر ما فى كلام الحموى السابق هذا ولمولانا الشيخ محمد التافلاتى رسالة فى هذه المسألة وفق فيها بأنه صحيح ، ولكنه موقوف إلى الولادة أخذا مما قدمناه عن فتح القدير من أن توريثه والوصية به وله موقوفان إليها أيضا والله تعالى أعلم (قوله وصحت بالأمة إلا حملها) يعنى

صح استثناؤه منه ومالا فلا (ومن المسلم للذمى وبالعكس لاحربى فى داره) قيد بداره لأن المستأمن كالذمى كما أفاده المنلا بحثا قلت وبه صرح الحدادى والزيلعى وغيرهما وسيجىء متنافى وصايا الذمى (ولا لوارثه وقاتله مباشرة)

إذا قال: أوصيت بهذه الأمة إلا حملها صحت الوصية والاستثناء أيضا، وهو منقطع بمعنى لكن لأن الحمل لايتناوله اسم الأمة لفظا وإنما يستحق بالإطلاق تبعا وتمامه فى العناية (قوله صح استثناؤه منه) أى والحمل يصح إفراده بالوصية فكذا استثناؤه منها زيلعى (قوله لاحربى فى داره) أى وإن أجازت الورثة لنهينا عن برهم بقوله تعالى —إنما ينهاكم الله— الآية فعدم الجواز لحق الشرع لالحق الورثة، بخلاف الوصية للوارث أو للأجنبى بما زاد على الثلث فإنه لحق الورثة، ولأن الحربى فى داره كالميت فى حقنا والوصية للميت باطلة، ونص محمد فى الأصل على عدم جواز الوصية للحربى صريحا وكذا فى الجامع الصغير، وذكر شراحه أن فى السير الكبير مايدل على الجواز ورده العلامة قاضى زاده بأن لفظ السير الكبير: لو أوصى مسلم لحربى والحربى فى دار الحرب لايجوز، واعترضه فى العزمية بأن ناقلى الجواز مؤتمنون فى الأخذ والنقل، وذكر العلامة جوى زاده أن مرادهم بما يدل على الجواز ماذكره فى شرح السير الكبير للسرخسى بقوله: لابأس أن يصل الرجل المسلم المشرك قريبا كان أو بعيدا محاربا كان أو ذميا، واستدل عليه بأحاديث منها «أنه بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم خمسمائة دينار إلى مكة حين قحطوا وأمر بدفع ذلك إلى أبى سفيان بن حرب وصفوان بن أمية ليفرقا على فقراء أهل مكة فقبل ذلك أبو سفيان وأبى صفوان» قال وبه نأخذ ولأن صلة الرحم محمودة عند كل عاقل وفى كل دين والإهداء إلى الغير من مكارم الأخلاق قال صلى الله عليه وسلم «بعثت لأتمم مكارم الأخلاق» فعرفنا أن ذلك حسن فى حق المسلمين والمشركين جميعا اهـ.

فالخلاف فى جواز صلة الحربى وعدمه لافى جواز الوصية وعدمه اهـ ملخصا وتمامه فى الشرنبلالية.

والحاصل: أن التعليل بأن الحربى كالميت اقتضى عدم جواز الوصية له والتعليل بالنهى اقتضى عدم جواز كل من الوصية والصلة، ومافى السير دل على جواز الصلة دون الوصية خلافا لما فهمه شراح الجامع، فصار الخلاف فى جواز الصلة فقط.

أقول: وقد رأيت نص الإمام محمد على جواز الهدية حيث قال فى موطئه فى باب مايكره من لبس الحرير والديباج ولا بأس أيضا بالهدية إلى المشرك المحارب مالم يهد إليه سلاح أو درع، وهو قول أبى حنيفة والعامة من فقهائنا اهـ (قوله لأن المستأمن كالذمى) فإذا أوصى لمسلم أو ذمى بجميع ماله جاز كما مر ويأتى تمامه (قوله كما أفاده المنلا) فى بعض النسخ المنلا خسرو (قوله ولالوارثه) أى الوارث وقت الموت كمامر بيانه قال القهستانى: واعلم أن الناطفى ذكر عن بعض أشياخه أن المريض إذا عين لواحد من الورثة شيئا كالدار على أن لايكون له فى سائر التركة حق يجوز، وقيل هذا إذا رضى ذلك الوارث به بعد موته فحينئذ يكون تعيين الميت كتعيين باقى الورثة معه كما فى الجواهر اهـ.

قلت: وحكى القولين فى جامع الفصولين فقال: قيل جاز وبه أفتى بعضهم وقيل لا اهـ.

[فرع] قال فى البزازية وفى العتابى: اجتمع قرابة المريض عنده يأكلون من ماله إن كانوا ورثة لم يجز إلا أن يحتاج المريض إليهم لتعاهده فيأكلون مع عياله بلا إسراف، وإن لم يكونوا ورثة جاز من ثلث ماله لو بأمر المريض اهـ (قوله وقاتله مباشرة) لقوله عليه الصلاة والسلام «لاوصية لقاتل» ولأنه استعجل ما أخره الله فيحرم الوصية، كالميراث سواء أوصى له قبل القتل، ثم قتله أو أوصى له بعد الجرح لإطلاق الحديث زيلعى.

أقول: والمراد بالاستعجال مايظهر من حال القاتل وإلا فمذهب أهل الحق أن المقتول ميت بأجله تأمل.

لا تسبيبا كما مر (إلا بإجازة ورثته) لقوله عليه الصلاة والسلام « لاوصية لوارث إلا أن يجيزها الورثة » يعني عند وجود وارث آخر كما يفيده آخر الحديث وسنحققه (وهم كبار) عقلاء فلم تجز إجازة صغير ومجنون وإجازة المريض كابتداء وصية ، ولو أجاز البعض ورد البعض جاز على المجيز بقدر حصته (أو يكون القاتل صبيا أو مجنونا) فتجوز بلا إجازة لأنهما ليسا أهلا للعقوبة (أو لم يكن له وارث سواه) كما في الخانية أي سوى الموصى له القاتل أو الوارث ، حتى لو أوصى لزوجته أو هي له ولم يكن ثمة وارث آخر تصح الوصية ابن كمال .
زاد في المجتبى : فلو أوصت لزوجها بالنصف كان له الكل .

قلت وإنما قيدوا بالزوجين لأن غيرهما لا يحتاج إلى الوصية لأنه يرث الكل برد أو رحم وقد قدمناه في الإقرار معزيا للشرنبلالية ، وفي فتاوى النوازل : أوصى لرجل بكل ماله ومات ولم يترك وارثا إلا امرأته ، فإن لم تجز فلها السدس والباقي للموصى له لأن له الثلث بلا إجازة فيبقى الثلثان فلها ربعهما وهو سدس الكل ولو كان مكانها زوج فإن لم يجز فله الثلث والباقي للموصى له (ولا من صبي غير مميز أصلا) ولو في وجوه الخير خلافا للشافعي (وكذا) لا تصح (من مميز إلا في تجهيزه وأمر دفنه فتجوز استحسانا

[فرع] جرحه رجل وقتله آخر جازت للجارح ، لأنه ليس بقاتل ولوالجية (قوله لاتسبيبا) كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه لأنه غير قاتل حقيقة (قوله كما مر) أي في كتاب الجنايات (قوله إلا بإجازة ورثته) الاستثناء متعلق بالمسألتين قال في البرهان الوصية للقاتل تجوز بإجازة الورثة عندهما ، وقال أبو يوسف : لاتجوز والخلاف في غير قتله عمدا بعد الوصية ، فإنها تكون ملغاة بالإتفاق شرنبلالية (قوله وسنحققه) أي قريبا (قوله وإجازة المريض كابتداء وصية) فإذا كان وارث الموصى مريضا فأجاز الوصية وهو بالغ عاقل إن برئ صحت إجازته وإن مات من ذلك المرض ، فإن كان الموصى له وارثه لاتجوز إجازته إلا أن تجيزه ورثة المريض بعد موته وإن كان أجنبيا تجوز إجازته ويعتبر ذلك من الثلث منح (قوله جاز على المجيز الخ) بأن يقدر في حق المجيز كأن كلهم أجازوا وفي حق غيره كأن كلهم لم يجيزوا وقدمنا بيانه عن المقدسي (قوله أو يكون) بالنصب عطفا على قوله بإجازة ورثته ، لأنه في تأويل أن يجيز (قوله لأنهما ليسا أهلا للعقوبة) ولذا لم يحرما الميراث ، وهذا التعليل ذكره الشرنبلالي بحثا منه ولي فيه نظر إذ لو كانت العلة في الكبير العقوبة لم تجز الوصية بالإجازة كالميراث : نعم هو ظاهر على قول أبي يوسف بأنها لاتجوز للقاتل ، وإن أجازها الورثة ، وعللوا له بأن جنايته باقية والامتناع لأجلها عقوبة له ، وأما عندهما فهو لحق الورثة دفعا للغيظ عنهم حتى لايشاركهم في مال من سعى في قتله ، وهذا ينعدم بإجازتهم والصبي بمعزل من الغيظ ، فلم يثبت في حقه ما ثبت في حق البالغ كذا في الكفاية وغيرها (قوله أي سوى الموصى له) تفسير للضمير في سواه وقوله القاتل : أو الوارث بدل من الموصى له (قوله حتى لو أوصى الخ) تفريع على قوله أو الوارث وفي القهستاني : ولو أوصى لقاتله ولا وارث له صحت الوصية له وهذا عند الطرفين (قوله فلها ربعهما) لأن الإرث بعد الوصية ففرضها ربع الثلثين الباقيين (قوله فله الثلث) وهو نصف الباقي .

[فرع] ترك امرأة وأوصى لها بالنصف ، ولأجنبي بالنصف يعطى للأجنبي أولا الثلث وللمرأة ربع الباقي ارثا والباقي يقسم بينهما على قدر حقوقهما تاترخانية ، وفيها تركت زوجها فقط وقد كانت أوصت لأجنبي بالنصف فللموصى له نصف المال وللزوج الثلث والسدس لبيت المال اه ولو أوصى لكل منهما بالكل فقد أوضحه في الجوهرة (قوله إلا في تجهيزه وأمر دفنه) لكنه تراعى فيه المصلحة لما قال في الخلاصة عن الروضة : لو أوصى بأن يكفن بألف دينار يكفن بكفن وسط ، ولو أوصى بأن يكفن في ثوبين لايراعى شرائط الوصية ولو أوصى بأن يكفن في خمسة أثواب أو ستة أثواب يراعى شرائطه ، ولو أوصى بأن يدفن في مقبرة كذا بقرب فلان الزاهد

وعليه تحمل إجازة عمر رضي الله عنه لوصية يافع يعني المراهق (وان) وصلية (مات بعد الإدراك أو أضافها إليه) كأن أدركت فثلثي لفلان لم يجز لقصور ولايته فلا يملك تنجيزا أو تعليقا كما فى الطلاق ، بخلاف العبد كما أفاده بقوله (ولا من عبد ومكاتب وإن ترك) المكاتب (وفاء) وقيل عندهما تصح فى صورة ترك الوفاء درر (إلا إذ أضافها) كل منهما وعبارة الدرر : أضافاها (إلى العتق) فتصح لزوال المانع وهو حق المولى (ولا من معتقل اللسان بالإشارة إلا إذا امتدت عقلته حتى صارت له إشارة معهودة فهو كأخرس) وقدر الامتداد سنة وقيل : إن امتدت لموته جاز إقراره بالإشارة والإشهاد عليه وكان كأخرس قالوا وعليه الفتوى درر وسيجيء فى مسائل شتى (وإنما يصح قبولها بعد موته لأن أوان ثبوت حكمها بعد الموت (فبطل قبولها وردها قبله) وإنما تملك بالقبول

تراعى شرائطه إن لم يلزم فى التركة مؤنة الحمل ، ولو أوصى بأن يدفن مع فلان فى قبر واحد لايراعى شرطه اه شرنبلالية .

أقول : وظاهر كلامه يوهم أن صاحب الخلاصة ذكر المسألة فى وصية الصبي ، وليس كذلك بل عبارة الخلاصة مطلقة ومثلها فى البزازية (قوله وعليه تحمل إجازة عمر الخ) قال فى العناية والأثر محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم يعني كان بالغا لم يمض على بلوغه زمان كثير ومثله يسمى يافعا مجازاً أو كانت وصيته فى تجهيزه وأمر دفنه ، ورد بأنه صح فى رواية الحديث أنه كان غلاما لم يحتلم ، وأنه أوصى لابنة عم له بمال فكيف يصح التأويل قال الطحاوى : والاحتجاج بهذا الأثر لا يصح من الشافعي ، لأنه مرسل وعندنا المرسل ، وإن كان حجة لكن هذا مخالف قوله عليه الصلاة والسلام « رفع القلم عن ثلاث » وفيه نظر ، لأن المراد بالقلم التكليف وما نحن فيه ليس منه وقال ابن حزم وهو مخالف لقوله تعالى - وابتلوا اليتامى - الآية فإنها تدل على أن الصبي ممنوع من ماله اه ملخصا .

أقول : قد يقال رفع التكليف دليل الحجر عن الأقوال والتصرفات فإن ذلك لازم له شرعا تأمل (قوله يعني المراهق) تفسير ليافع والمراهق من قارب البلوغ ، وهذا التفسير موافق لما فى المغرب (قوله وقيل عندهما الخ) هذا الخلاف فيما إذا أوصى بثلث ماله مثلا أما لو أوصى بعين من ماله فلا تصح إجماعا كما أنه يصح إجماعا إذا أضاف الوصية إلى مايملكه بعد العتق ، والدليل مذكور فى المطولات ط (قوله إلا إذا أضافها) بأن قال إذا عتقت فثلث مالى وصية لفلان أو أوصيت بثلث مالى له ، حتى لو عتق قبل الموت بأداء بدل الكتابة أو غيره ، ثم مات كان للموصى له ثلث ماله وإن لم يعتق حتى مات عن وفاء بطلت الوصية لأن الملك له حقيقة لم يوجد زيلعي (قوله وعبارة الدرر أضافاها) كان نسخته كذلك وإلا فالذى رأيته فيها كعبارة المصنف (قوله لزوال المانع الخ) بيان لوجه المخالفة بينهما وبين الصبي ، فإن أهليتهما كاملة ، وإنما منع لحق المولى فتصح إضافتهما إلى حال سقوط حق المولى أما الصبي فأهليته قاصرة ، فليس بأهل لقول ملزم ، فلا يملكه تنجيزا ولا تعليقا (قوله بالإشارة) متعلق بتصح المقدر بعد أداة النفى (قوله وقيل إن امتدت لموته جاز) قال فى الكفاية : وذكر الحاكم رواية عن أبي حنيفة إن دامت العقلة إلى الموت يجوز إقراره بالإشارة والإشهاد عليه ، لأنه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله فكان كالأخرس قالوا وعليه الفتوى اه .

قال السائحانى : سواء طالت المدة أو قصرت والقول الأول مشروط بالامتداد سنة ، وإن لم يتصل بها الموت هذا ما يظهر من كلامهم (قوله درر) وبه جزم فى متن المواهب (قوله وإنما تملك بالقبول) دخول على المتن فإن لم يقبل بعد الموت فهى موقوفة على قبوله ، وليست فى ملك الوارث ولا فى ملك الموصى له حتى يقبل أو

(إلا إذا مات موصيه ثم هو بلا قبولها فهو) أى المال الموصى به (لورثته) بلاقبول استحسانا كما مر وكذا لوأوصى للجنين يدخل فى ملكه بلا قبول استحسانا لعدم من يلى عليه ليقبل عنه كما مر (وله) أى للموصى (الرجوع عنها بقول صريح) أو فعل يقطع حق المالك عن الغصب (بأن يزيل اسمه) وأعظم منافعه كما عرف فى الغصب (أو) فعل (يزيد فى الموصى به ما يمنع تسليمه إلا به كلت السويق) الموصى به (بسمن والبناء) فى الدار الموصى بها بخلاف تجصيصها وهدم بنائها لأنه تصرف فى التابع (وتصرف) عطف على بقول صريح وعطف ابن كمال تبعا للدرر بأو وعليه فهو أصل ثالث فى كون فعله يفيد رجوعه عنها كما يفيده متن الدرر فتدبر (يزيل ملكه) فإنه

بموت اتقانى عن مختصر الكرخى (قوله ثم هو بلا قبول) أى ولا رد (قوله استحسانا) والقياس بطلانها لأن تمامها موقوف على القبول ، وقد فات وجه الاستحسان أنها تمت من جهة الموصى تماما لايلحقه الفسخ ، ووقفت على خيار الموصى له فصار كالبيع بالخيار للمشترى لو مات فى الثلاث قبل الإجازة يتم والسلعة لورثته فكذا هنا فيكون موته بلا رد كقبوله دلالة اتقانى .

[تنبيه] قال المقدسى : وإذا قبل الموصى له ملك الموصى به وإلا فلا عند الجمهور إن كان معينا يمكن قبوله بخلاف نحو الفقراء وبنى هاشم ومصلحة مسجد وحج وغزوة . وفى الظهيرية قال : أعطوا بعد موتى ثلث مالى مساكين مكة كذا فلما مات أتى الوصى بالمال إليهم فقالوا لا نريده ، وليس بنا حاجة إليه . قال أبو القاسم : يرد المال إلى الورثة ، وإن رجعوا قبل رده للورثة لبطلان حقهم بالرد . وفى الأشباه : وإذا قبلها ثم ردها على الورثة إن قبلوها انفسخ ملكه وإلا لم يجبروا اه سائحانى (قوله وله الرجوع عنها) لأن تمامها بموت الموصى ، ولأن القبول يتوقف على الموت والإيجاب المفرد يجوز إبطاله فى المعاوضات كالبيع ، ففى التبرع أولى عناية .

واعلم أن الرجوع فى الوصية على أنواع مايحتمل الفسخ بالقول والفعل كالوصية بعين ومالا يحتمله إلا بالقول كالوصية بالثلث أو الربع ، فإنه لو باع أو وهب لم تبطل وتنفذ الوصية من ثلث الباقى ، وما لا يحتمله إلا بالفعل كالتدبير المقيد ، فلو باعه صح لكن لو اشتراه عاد لحاله الأول وما لا يحتمله بهما كالتدبير المطلق اه ملخصا من الإتقانى والقهستانى (قوله أو فعل الخ) هذا رجوع دلالة والأول صريح ، وقد يثبت ضرورة بأن يتغير الموصى به ويتغير اسمه كما إذا أوصى بعنب فى كرمه فصار زبيبا أو ببيضة فحضنتها دجاجة ؛ حتى أفرخت قبل موت الموصى وتمامه فى الكفاية (قوله بأن يزيل اسمه الخ) كما إذا اتخذ الحديد سيفاً أو الصفر آنية لأنه لما أثر فى قطع ملك المالك فلأن يؤثر فى المانع أولى زيلعى أى فى المنع عن حصول الملك للموصى له ، وإذا ذبح الشاة الموصى بها كان مجرد الذبح رجوعا وكان ينبغى عدمه ، لأنه نقصان كقطعه الثوب ولم يخطه ، وهدم بناء الدار ، ولكن نقول الذبح دليل على استبقائه على ملكه فكان دليل الرجوع لأن اللحم قلما يبقى عادة إلى وقت الموت إتقانى (قوله كلت السويق الخ) وكالقطن يحشو به والبطانة يبطن بها والظهارة يظهر بها ، لأنه لا يمكن تسليمه بدون الزيادة ، ولا يمكن نقضها لأنه حصل فى ملك الموصى من جهته هداية وكذا لو زرع فيها شجرا أو كرما لا لو زرع رطبة خانية (قوله لأنه تصرف فى التابع) وهو البناء والتجصيص زينة إتقانى : وانظر هل تطيين الدار وتكليسها كالبناء أو كالتجصيص .

ثم رأيت فى الخانية ما نصه : وإن طينها يكون رجوعا إذا كان كثيرا اه وتمام ذلك فى شرح الوهبانية فراجعه (قوله عطف على بقول) فيه مسامحة لأن العطف على المجرور بدون الجار أفاده ح (قوله فهو أصل ثالث الخ) يعنى أنه قسم ثالث للفعل المفيد للرجوع ، خلافا لما يفيده تعبير المصنف من أنه مقابل للفعل لكن قال ح : هذا

رجوع عاد لملكه ثانيا أم لا (كالبيع والهبة) وكذا إذا خلطه بغيره بحيث لايمكن تميزه (لا) يكون راجعا (بغسل ثوب أوصى به) لأنه تصرف فى التبع .

واعلم أن التغير بعد موت الموصى لايضر أصلا (ولا بجحودها) درر وكنز ووقاية وفى المجمع به يفتى ومثله فى العينى ثم نقل عن العيون : أن الفتوى على أنه رجوع وفى السراجية : وعليه الفتوى وأقره المصنف (وكذا) لا يكون راجعا (بقوله كل وصية أوصيت بها فحرام أو رباء أو أخرتها بخلاف) قوله تركتها وبخلاف قوله (كل وصية أوصيتها فهى باطلة أو الذى أوصيت به لزيد فهو لعمرو أو لفلان وارثى) فكل ذلك رجوع عن الأول وتكون لوارثه بالإجازة كما مر (ولو كان فلان) لآخر (ميتا وقتها فالأولى من الوصيتين بحالها) لبطلان الثانية ولو حيا وقتها فمات قبل الموصى بطلتا الأولى بالرجوع والثانية بالموت (وتبطل هبة المريض ووصيته لمن نكحها بعدهما) أى بعد الهبة والوصية لما تقرر أنه يعتبر لجواز الوصية كون الموصى لهوارثا أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية ، بخلاف الإقرار ، لأنه يعتبر كون المقر له وارثا أو غير وارث يوم الإقرار فلو أقر لها

إنما يظهر فى عبارة الدرر حيث قال : أو بزيدولم يذكر لفظة تصرف وأما على ذكرها ، فلاسواء كان بأوأو بالواو اه (قوله عاد لملكه ثانيا) أى بالشراء أو بالرجوع عن الهبة زيلعى ، وهذا فى غير المدبر المقيد كقوله إن مت من مرضى هذا فأنت حر ، فإنه لو باعه ثم اشتراه عاد إلى الحال الأول كما نقله الإتقانى وقدمناه (قوله وكذاإذا خلطه بغيره بحيث لا يمكن تميزه) أقول : وكذا إن أمكنه ولكن بعسر كشعير ببر وكان عليه أن يذكر هذا عند قول المتن أو فعل بقطع حق المالك سائحانى (قوله لأنه تصرف فى التبع) كذا فى بعض النسخ ، وفى بعضها فى النفع بالنون والفاء وعلى كل ، فالمراد به إزالة الوسخ وعبارة الهداية ، لأن من أراد أن يعطى ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقريرا اه أى إبقاء للوصية لا رجوعا عنها (قوله لا يضر أصلا) أى سواء كان قبل القبول أو بعده زيلعى ، لأنه حصل بعد تمامها ، لأن تمامها بالموت كفاية (قوله ولا بجحودها) لأن الرجوع عن الشئ يقتضى سبق وجوده وجحود الشئ يقتضى سبق عدمه إذا الجحود نفى لأصل العقد ، فلوكان الجحود رجوعا اقتضى وجود الوصية وعدمها فيما سبق وهو محال كفاية (قوله وأقره المصنف) قال فى شرح الملتقى ولكن المتون على الأول ولذا قدمه المصنف على عادته اه .

أقول : وأخر فى الهداية دليله فكان مختارا له قال فى النهاية ، وجزم به فى المواهب والإصلاح قال فى قضاء الفوائت من البحر ، وإذا اختلف التصحيح والإفتاء فالعمل بما وافق المتون أولى (قوله فحرام أو رباء الخ) لأن الوصف يستدعى بقاء الأصل والتأخير ليس للسقوط كتأخير الدين زيلعى (قوله فكل ذلك رجوع) لأن الترك إسقاط والباطل الذاهب المتلاشى ، ولأن قوله الذى أوصيت به الخ يدل على قطع الشركة بخلاف ما إذا أوصى به لرجل ثم أوصى به لآخر ، لأن المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها زيلعى (قوله لبطلان الثانية) أى لأن الأولى إنما تبطل ضرورة كونها للثانى ، ولم تكن فبقى الأول على حاله زيلعى (قوله وتبطل هبة المريض ووصيته الخ) لأن الوصية إيجاب عند الموت وهى وارثة عند ذلك ولا وصية للوارث والهبة ، وإن كانت منجزة صورة فهى كالمضاف إلى ما بعد الموت حكما لأن حكمها يتقرر عند الموت ، ألا ترى أنها تبطل بالدين المستغرق وعند عدم الدين تعتبر من الثلث هداية (قوله بعدها) كذا فى النسخ ، والذى رأيته فى المنح بعدهما بضمير التثنية وهى الأنسب (قوله لجواز الوصية) أى إثباتا ونفيا (قوله وقت الموت الخ) فتصح لو أوصى لزوجته ثم طلقها ثلاثا أو واحدة ومضت عدتها ثم مات الموصى قهستانى (قوله لأنه يعتبر الخ) لأن الإقرار ملزم بنفسه فلايتوقف إلى شرط زائد ، كتوقف الوصية إلى الموت فيصح إقراره بالدين ، لأنه حصل لأجنبية إتقانى (قوله فلو أقرلها)

فنكحها فمات جاز (ويبطل إقراره ووصيته وهبته لابنه) كافرا أو عبدا أو مكاتبا (إن أسلم أو أعتق بعد ذلك) لقيام البنوة وقت الإقرار فيورث تهمة الإيثار (وهبة مقعد ومفلوج وأشل ومسلول) به علة السل وهو قرح فى الرئة (من كل ماله إن طالت مدته) سنة (ولم يخف موته منه وإلا) تطل وخيف موته (فمن ثلثه) لأنها أمراض مزمنة لاقاتلة قبل مرض الموت أن لايخرج لحوائج نفسه وعليه اعتمد فى التجريد بزازية

أى للمرأة الأجنبية المفهومة من الـكلام ، وهو تفريع على قوله أو غير وارث يوم الإقرار أى جاز الإقرار لها لأنها غير وارثة وقته ، وإن صارت وارثة وقت الموت ، وقدمنا أنه يشترط كون الإرث بسبب حادث بعد الإقرار كالتزويج هنا ، بخلاف ما لو كان بسبب قائم وقت الإقرار لـكن منع منه مانع ، ثم زال عند الموت كما أفاده بقوله : ويبطل الخ ومثله ما لو أقر لزوجته الـكتابية أو الأمة ، ثم أسلمت قبل موته أو أعتقت لا يصح الإقرار لقيام السبب حال صدوره كما أفاده الزيلعى (قوله أو عبدا) قيده الزيلعى بما إذا كان عليه دين لأن الإقرار وقع له ، وهو وارث عند الموت ، فيبطل كالوصية وإن لم يكن عليه دين صح الإقرار لأنه وقع للمولى إذ العبد لا يملك اه وعزاه فى الهداية إلى كتاب الإقرار ، وظاهر ما قدمناه قبل أوراق عن الزيلعى والنهاية عدم بطلان الإقرار بعتق الابن المقر له مطلقا وقدمنا ما فيه فتنبه (قوله لقيام البنوة وقت الإقرار) علة لبطلان الإقرار ، وأما الوصية والهبة فلأن المعتبر فيهما وقت الموت كما قدمه ، وقد صار الابن وارثا وقته فبطلا (قوله وهبة مقعد الخ) المقعد بضم ففتح من لا يقدر على القيام والمفلوج من ذهب نصفه وبطل عن الحس والحركة والأشل من شلت يده عناية (قوله به علة السل) هو أولى مما فى النهاية عن المغرب من أن المسلول من سلت خصيتاه لما قال الإتقانى أنه لا يناسب هنا لأنه بعد تطاول الزمان لا يسمى مريضا أصلا (قوله إن طالت مدته سنة) هذا على ما قاله أصحابنا وبعضهم قالوا إن عد فى العرف تطاولا فتطاول وإلا فلا قهستانى (قوله ولم يخف موته منه) هذه الجملة وقعت موضحة للجملة الشرطية حموى عن المفتاح اه ط ثم المراد من الخوف الغالب منه لا نفس الخوف كفاية . وفسر القهستانى عدم الخوف بأن لا يزداد ما به وقتا فوقتا اه لأنه إذا تقادم العهد صار طبعا من طباعه كالعمى والعرج ، وهذا لأن المانع من التصرف مرض الموت ، وهو ما يكون سببا للموت غالبا ، وإنما يكون كذلك إذا كان بحيث يزداد حالا فحالا إلى أن يكون آخره الموت ، وأما إذا استحكم وصار بحيث لا يزداد ، ولا يخاف منه الموت لا يكون سببا للموت كالعمى ونحوه إذ لا يخاف منه ، ولهذا لا يشتغل بالتداوى اه زيلعى وغيره (قوله وإلا تطل وخيف موته) عبارة القهستانى ، وإلا يكن واحد منهما بأن لم تطل مدته بأن مات قبل سنة أو خيف موته بأن يزداد ما به يوما فيوما اه ومفهومه أنه إذا لم تطل ولم يخف موته فهو من الثلث ، ويخالفه عبارة الزيلعى ونصها أى إن لم يتطاول يعتبر تصرفه من الثلث إذا كان صاحب فراش ، ومات منه فى أيامه لأنه فى ابتدائه يخاف منه الموت ؛ ولهذا يتداوى فيـكون مرض الموت ، وإن صار صاحب فراش بعد التطاول فهو كمرض حادث ، حتى تعتبر تصرفاته من الثلث اه وهو الموافق لـكلام الشارح . وبقى ما إذا طال وخيف موته ، ومقتضى عبارة القهستانى أنه من الثلث أيضا وهو المفهوم من تقييد المصنف ما يكون من كل المال بقوله ولم يخف موته (قوله لأنها أمراض مزمنة) أى طويلة الزمان وهو تعليل لقوله : من كل ماله فـكان ينبغى ذكره قبل قوله وإلا الخ قال فى المنح ، وفى الفصول العمادية ، وأما المقعد والمفلوج قال فى الـكتاب : إن لم يكن قديما فهو بمنزلة المريض ، وإن كان قديما فهو بمنزلة الصحيح لأن هذه علة مزمنة وليست بقاتلة اه (قوله وعليه اعتمد فى التجريد) وفى المعراج وسئل صاحب المنظومة عن حد مرض الموت فقال : كثرت فيـه أقوال المشايخ واعتمادنا فى ذلك على قول الفضلى ،

والمختار أنه ما كان الغالب منه الموت وان لم يكن صاحب فراش قهستانى عن هبة الذخيرة (وإذا اجتمع الوصايا قدم الفرض وإن أخره الموصى وإن تساوت) قوة (قدم ما قدم إذا ضاق الثلث عنها)

وهو أن لا يقدر أن يذهب فى حوائج نفسه خارج الدار والمرأة لحاجتها داخل الدار لصعود السطح ونحوه اه وهذا الذى جرى عليه فى باب طلاق المريض ، وصححه الزيلعى .

أقول ، والظاهر أنه مقيد بغير الأمراض المزمنة التى طالت ، ولم يخف منها الموت كالفالج ونحوه ، وإن صيرته ذا فراش ومنعته عن الذهاب فى حوائجه ، فلا يخالف ما جرى عليه أصحاب المتون والشروح هنا تأمل (قوله والمختار الخ) كذا اختاره صاحب الهداية فى كتابه التجنيس .

[تنبيه] تبرع الحامل حالة الطلق من الثلث ولو اختلطت الطائفتان للقتال وكل منهما مكافئة للآخرى أو مقهورة ، فهو فى حكم مرض الموت وإن لم يختلطوا فلا وراكب البحر إن كان ساكنا ، فليس بمخوف ، وإن هبت الريح أو اضطرب ، فهو مخوف والمحبوس إذا كان من عادته القتل ، فهو خائف وإلا فلا معراج ملخصا وتأمله مع ما مر فى باب طلاق المريض (قوله وإذا اجتمع الوصايا الخ) اعلم أن الوصايا إما أن تكون كلها لله تعالى أو للعباد ، أو يجمع بينهما ، وإن اعتبار التقديم مختص بحقوقه تعالى لكون صاحب الحق واحدا ، وأما إذا تعدد فلا يعتبر فما للعباد خاصة لا يعتبر فيها التقديم كما لو أوصى بثلثه لإنسان ، ثم به لآخر إلا أن ينص على التقديم ، أو يكون البعض عتقا أو محاباة على ما سيأتى ، وما لله تعالى فإن كان كله فرائض كالزكاة والحج أو واجبات كالكفارات والنذور وصدقة الفطر أو تطوعات كالحج التطوع والصدقة للفقراء يبـدأ بما بدأ به الميت ، وإن اختلطت يبدأ بالفرائض قدمها الموصى ، أو أخرها ثم بالواجبات وما جمع فيه بين حقه تعالى وحق العباد ، فإنه يقسم الثلث على جميعها ، ويجعل كل جهة من جهات القرب مفردة بالضرب ولا تجعل كلها جهة واحدة لأنه ، وإن كان المقصود بجميعها وجه الله تعالى ، فكل واحدة منها فى نفسها مقصودة فتنفرد كوصايا الآدميين ، ثم تجمع فيقدم فيها الأهم فالأهم ، فلو قال ثلث مالى فى الحج والزكاة ولزيد والكفارات قسم على أربعة أسهم ، ولا يقدم الفرض على حق الآدمى لحاجته ، وإن كان الآدمى غير معين بأن أوصى بالصدقة على الفقراء فلا يقسم ، بل يقدم الأقوى فالأقوى لأن الكل يبقى حقا لله تعالى إذا لم يكن ثم مستحق معين هذا إذا لم يكن فى الوصية عتق منفذ فى المرض أو معلق بالموت كالتدبير ولا محاباة منجزة فى المرض ، فإن كان بدئ بهما على ما سيأتى تفصيله فى باب العتق فى المرض ، ثم يصرف الباقى إلى سائر الوصايا اه ملخصا من العناية والنهاية والتبيين (قوله قدم الفرض) كالحج والزكاة والكفارات ، لأن الفرض أهم من النفل ، والظاهر منه البداءة بالأهم زيلعى وأراد بالفرض مايشمل الواجب بقرينة قوله : والكفارات لكن الفرض الحقيقى مقدم على الواجب كما مر ، وفى القهستانى : فيبدأ بالفرض حق العبد ثم حق الله تعالى ثم الواجب ثم النفل كما روى عنهم (قوله وإن تساوت قوة الخ) قال فى الملتقى : وإن تساوت فى الفرضية وغيرها قدم ما قدمه . وقيل تقدم الزكاة على الحج . وقيل بالعكس الخ ومثله فى الاختيار والقهستانى فأشار إلى أنه لا يقدم بعض الفرائض على البعض بلا تقديم من الموصى إذا تساوت قوة أى بأن كانت كلها فرائض حقيقة احترازا عما لو كان فيها واجبات ، وإن القول بتقديم بعض الفرائض على بعض غير معتمد والقائل بذلك الإمام الطحاوى ، وبالأول الإمام الكرخى ، وذكر أنه قول الكل حيث قال فى مختصره : قال هشام عن محمد عن أبى حنيفة وأبى يوسف وهو قول محمد كل شىء كان جميعه لله تعالى من الحج والصدقة والعتق وغيره ، فأوصى به رجل والثلث لا يبلغ ذلك فإن كان كله تطوعا بدأ بالأول مما نطق به حتى

قال الزيلعي : كفارة قتل وظهار ويمين مقدمة على الفطرة لوجوبها بالكتاب دون الفطرة والفطرة على الأضحية لوجوبها إجماعا دون الأضحية وفى القهستانى عن الظهيرية عن الإمام الطواويسى يبدأ بكفارة قتل ثم يمين ثم ظهار ثم إفطار ثم النذر ثم الفطرة ، ثم الأضحية ، وقدم العشر على الخراج ، وفى البرجندى مذهب أبى حنيفة آخرا أن حج النفل أفضل من الصدقة (أوصى بحج) أى حجة الإسلام أحج عنه راكبا) فلو لم تبلغ النفقة من بلدة فقال رجل :

يأتى على آخره أو ينتقص الثلث ، فيبطل ما بقى وكذلك لو كان كله فريضة بدئ بالأول فالأول ، حتى يكون النقصان على الآخر وإن كان بعضه تطوعا وبعضه فريضة ، أو أوجبه على نفسه بدئ بالفرض أو ما أوجبه على نفسه وإن آخره فى لفظه قال هشام إلى هنا قولهم جميعا وتمامه فى غاية البيان (قوله قال الزيلعى الخ) أقول : قال الزيلعى بعد قول الكنز وإن تساوت فى القوة الخ ، لأن الظاهر من حال المرء أن يبدأ بما هو الأهم عنده ، والثابت بالظاهر كالثابت نصا فكانه نص على تقديمه فتقدم الزكاة على الحج لتعلق حق العبد بها ، وهما على الكفارة لرجحانهما عليها لأنه جاء من الوعيد فيهما ما لم يأت فى غيرهما وكفارة القتل والظهار واليمين مقدمة على الفطرة الخ ومثله فى النهاية :

أقول : صدر تقريره موافق لقول الكرخى وآخره لقول الطحاوى فقد جمع بين القولين مفرعا أحدهما على الآخر ، وقد علمت من عبارة الملتقى تخالفهما وأن الثانى منهما ضعيف فتدبر . ولم أر من أوضح هذا المحل فتأمل ثم رأيت الإتقانى قال فى غاية البيان : وقال بعضهم : إن كفارة القتل تقدم على كفارة اليمين لقونها بشرط الإسلام فيها ثم كفارة اليمين على كفارة الظهار لوجوبها يهتك حرمة اسم الله تعالى ، والثانية بإيجاب حرمة على نفسه ولنا فيه نظر لأنه خلاف المنصوص من الرواية لأنه لا تقدم الفرائض بعضها على بعض وكذلك التطوع بل يبدأ بما بدأ به الموصى وقد مر نص الكرخى على ذلك والمعنى فى تقديم الزكاة والحج على الكفارات ذكرناه وهو الوعيد ومثل هذا لم يوجد فى شيء من الكفارات اه وأراد بالبعض صاحب النهاية :

أقول : وتقديم الحج والزكاة على الكفارات ظاهر ، لأن الكفارات واجبة كما مر لكن الإتقانى نفسه ذكر أنه تقدم الكفارات على الفطرة والفطرة على الأضحية كما فعل الزيلعى والشارح ولعله بناه على قول الطحاوى ، وعليه لامانع من تقديم بعض الكفارات على بعض إذا وجد المرجح كما فعله صاحب النهاية وتبعه الزيلعى وبه يسقط النظر فتدبر (قوله يبدأ بكفارة قتل ثم يمين ثم ظهار) تقدم وجه ترتيبها (قوله ثم إفطار الخ) مخالف لما فى النهاية من تقديم الفطرة لوجوبها بالإجماع وبأخبار مستفضية على كفارة الإفطار لثبوتها بخبر الواحد ، وعلى النذر لأنها بإيجاب الله تعالى فتقدم على ما يجب بإيجاب العبد والنذر على الأضحية للاختلاف فى وجوبها دون وجوبه (قوله وقدم العشر) لعله لاشتماله على حق الله تعالى والعباد بخلاف الخراج فإنه قصر على الثانى ط (قوله إن حج النفل أفضل من الصدقة) يشير إلى تقديمه عليها ، وإن أخره الموصى لكن فى العناية والنهاية أن ماليس بواجب قدم فيه ماقدمه كحج تطوع وعتق نسمة غير معينة وصدقة على الفقراء ، وهو ظاهر الرواية وروى الحسن عن أصحابنا أنه يبدأ بالأفضل فالأفضل يبدأ بالصدقة ثم الحج ثم العتق اه وقوله : يبدأ بالصدقة ثم الحج مبنى على ما كان يقوله الإمام أولا ولما شاهد مشقة الحج رجع فإذا حج بمقدار مايريد إنفاقه كان أفضل (قوله أحج عنه) بالبناء للمفعول (قوله راكبا) لأنه لايلزم أن يحج ماشيا فوجب عليه الاحجاج على الوجه الذى لزمه زيلعى (قوله فلو لم تبلغ النفقة الخ) ومثله بالأولى مافى القهستانى أيضا لو كان فى المال المدفوع وفاء بالركوب ، فمشى واستبقى

أنا أحج عنه بهذا المال ماشيا لايجزيه قهستانى معزيا للتتمة (من بلده إن كفى نفقته ذلك وإلا فمن حيث تكفى وإن مات حاج فى طريقه وأوصى بالحج عنه يحج من بلده) راكبا وقال من حيث مات استحسانا هداية ومجتبى وملتقى.

قلت: ومفاده إن قوله قياس وعليه المتون فكان القياس هنا هو المعتمد فافهم (إن بلغ نفقته لك وإلا فمن حيث تبلغ) ومن لا وطن له فمن حيث مات إجماعا (أوصى بأن يشترى بكل ماله عبد فيعتق عنه) عن الموصى (ولم تجز الورثة بطلت كذا إذا أوصى بأن يشترى له عبد بألف درهم وزاد الألف على الثلث) وقالا يشترى بكل الثلث فى المسئلتين مجمع.

(مريض أوصى وصايا ثم برئ من مرضه ذلك وعاش سنين ثم مرض فوصاياه باقية إن لم يقل إن مت من مرضى هذا فقد أوصيت بكذا) كذا فى الخانية (أوصى بوصية ثم جن إن أطبق الجنون) حتى بلغ ستة أشهر (بطلت وإلا لا) وكذا لو أوصى ثم أخذ بالوسواس فصار معتوها حتى مات بطلت خانية.

(أوصى بأن يعار بيته من فلان أو بأن يسقى عنه الماء شهرا فى الموسم أو فى سبيل الله فهو باطل) فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى خانية (كما لو أوصى بهذا التبن لدواب فلان فإن الوصية باطلة ولو قال يعلف بها دواب فلان جاز،

النفقة لنفسه فهو مخالف ضامن للنفقة لأنه لم يحصل ثوابها له اه (قوله أنا أحج عنه) أى من بلده (قوله وإن مات حاج فى طريقه الخ) قدم الشارح فى باب الحج عن الغير أنه إنما تجب الوصية به إذا أخره بعد وجوبه، أما إذا حج من عامه فلا (قوله من بلده) لأن الواجب عليه أن يحج من بلده والوصية لأداء ماهو الواجب عليه زيلعى، فإن أحج الوصى من غير بلده يضمن إلا أن يكون ذلك المكان بحيث يبلغ إليه ويرجع إلى الوطن قبل الليل اه مناسك السندى وفيها لو وصى أن يحج من غير بلده يحج عنه كما أوصى قرب من مكة أو بعد اه

قلت: والظاهر أن الموصى يأثم بذلك لتركه الواجب عليه ومثله لو أوصى بما لا يكفى للإحجاج من بلده تأمل (قوله عليه المتون) وهو الصحيح واختاره المحبوبى والنسفى وصدر الشريعة وغيرهم اه قاسم (قوله فافهم) يشير إلى أنه مما خرج من قاعدة تقديم الاستحسان على القياس (قوله ومن لا وطن له الخ) ولو له أوطان فمن أقربها إلى مكة وإن مكيا فمات بخراسان فمن مكة إلا أن يوصى بالقران فمن خراسان جوهرة.

[فرع] قال أحجوا عنى بثلث مالى أو بألف وهو يبلغ حججا فإن صرح بواحدة اتبع ورد الفضل إلى الورثة وإلا حج عنه حججا فى سنة واحدة وهو الأفضل أو فى كل سنة اه سندى (قوله بطلت الوصية) لأن العبد المشترى بالكل مغاير لما اشترى بالثلث درر ونظيره يقال فيما بعد ط (قوله فصار معتوها الخ) عبارة الخانية فصار معتوها فمكث كذلك زمانا ثم مات بعد ذلك قال محمد: وصيته باطلة اه وانظر هل تعتبر فيه المدة المعتبرة فى الجنون والظاهر. نعم إذ لا فرق بينهما ولأن الزمان منكرا ستة أشهر تأمل (قوله فى قول أبى حنيفة) الاقتصار عليه يدل على اعتماده ط وفى الظهيرية: قال أوصيت بثلث مالى لله تعالى فالوصية باطلة فى قول أبى حنيفة؛ وقال محمد جائزة ويصرف إلى وجوه البر وبه يفتى اه (قوله فإن الوصية باطلة) لأنها ليست من أهل الملك نظراً إلى لفظ الموصى لا إلى قصده ونظيره ما فى المعراج أوصى بشىء للمسجد الحرام لم يجز إلا أن يقول ينفق على المسجد، لأنه ليس من أهل الملك، وذكر النفقة بمنزلة النص على مصالحه وعند محمد يصح ويصرف إلى مصالحه تصحيحا لكلامه اه (قوله جاز) أى وتكون وصية لصاحب الفرس خانية.

أقول: ويؤخذ منه ومما ذكره الإتقانى من أنه لو أوصى بالثلث لما فى بطن دابة فلان لينفق عليها جاز إذا قبل صاحبها اه أن له أن يصرفها فى مصالحه وأنه يشترط أن يكون ممن تصح وصيته له وأنها تبطل برده وبموته

ولو أوصى بأن ينفق على فرس فلان كل شهر كذا جاز وتبطل ببيعها ، ولو أوصى بسكنى داره لرجل ولا مال له سواها جاز وله سكناها مادام حيا وليس للوارث بيع ثلثيها . وقال أبو يوسف : له ذلك وله أن يقاسم الورثة أيضا ويفرز الثلث للوصية خانية (ولو أوصى بقطنه لرجل وبحبه لآخر وأوصى بلحم شاة معينة لرجل وبجلدها لآخر وأوصى بحنطة فى سنبلها لرجل وبالتبن لآخر جازت الوصية لهما) وعلى الموصى لهما أن يدوس ويسلخ الشاة .

(أوصى بثلث ماله لبيت المقدس جاز ذلك وينفق فى عمارة بيت المقدس وفى سراجه ونحوه) قالوا : وهذا يفيد جواز النفقة من وقف المسجد على قناديله وسراجه وأن يشترى بذلك الزيت والنفط وللقناديل فى رمضان خانية .

وفى المجتبى : أوصى بثلث ماله للكعبة جاز وتصرف لفقراء الكعبة لا غير وكذا للمسجد وللقدس وفى الوصية

قبل الموصى تأمل (قوله وتبطل ببيعها) وكذا بموتها خانية والظاهر أنه راجع للمسئلتين ، ولعل وجهه أنها وإن كانت وصية لصاحبها إلا أنها معلقة فى المعنى على وجودها فى ملكه تأمل . ثم رأيت فى الولوالجية قال بعد قوله فإذا بيع الفرس بطل مانصه لأن هذه وصية لصاحب الفرس ونظيره ما لو قال . والله لا أكلم عبد فلان أولا أركب دابة فلان اه أى فإن اليمين تبطل بزوال الإضافة بأن باع العبد أو الدابة مثلا ، لأن العبد أو الدابة لا يهجر لذاته بل لأجل صاحبه كما قرروه فى محله فهنا تبقى الوصية مادامت الإضافة موجودة ، وتبطل بزوالها لكن فى الولوالجية أيضا قبيل هذا الفرع لو أوصى لمملوك فلان بأن ينفق عليه كل شهر عشرة دراهم ، فالوصية جائزة وتدور مع العبد حيثما دار ببيع أو عتق ، وعبارة الظهيرية قال أبو يوسف ومحمد كانت الوصية للعبد ، وتدور معه حيثما دار ببيع أو عتق وإن صالح مولاه عن ذلك وأجاز العبد جاز وإن عتق ثم أجاز فإجازته باطلة اه وتأمله مع ماقدمناه من أن الوصية لعبد الوارث لا تجوز ، لأنها وصية للوارث حقيقة (قوله وله سكناها) أى بالمهايأة مع الوارث زمانا (قوله وليس للوارث بيع ثلثيها) لثبوت حق الموصى له فى سكنى كلها بظهور مال آخر أو بخراب مافى يده ، فحينئذ يزاحمهم فى باقيها (قوله له ذلك) أى للوارث بيع ثلثيها (قوله وله أن يقاسم الورثة) معطوف على قوله وله سكناها والضمير للرجل أى للموصى له المقاسمة فى عين الدار بالأجزاء إن احتملت القسمة ، وهذا أعدل من المهايأة لما فيه من التسوية بينهما زمانا وذاتا كما فى الهداية ، والمسألة ستأتى فى باب الوصية بالخدمة والسكنى (قوله وعلى الموصى لهما أن يدوس ويسلخ الشاة) كان عليه أن يقول : أن يدوسا ويسلخا الشاة بألف التثنية اه ح .

قلت : وأن يزيد ويحلجا القطن كما فى الظهيرية وهذا لأن المقصود إخراج كل منهما عن صاحبه ، بخلاف ما إذا أوصى بدهن هذا السمسم لرجل ، وبكسبه لآخر وبما فى اللبن من الزبد لرجل وبالمخيض لآخر فالنفقة على صاحب الدهن والزبد ، لأن المقصود إخراجهما فقط وبه يتغير مالشريكه عن حاله فعليه تخليصه ، ولو كانت الشاة حية فأجر الذبح على صاحب اللحم خاصة ، لأن التذكية لأجل اللحم لا الجلد كما فى الولوالجية (قوله فى رمضان) لعله إنما خصه لزيادة ذلك فيه وإلا فغير رمضان مثله ، وانظر هل ذلك مقيد بقدر الحاجة ، ثم رأيت فى البزازية لو قال : ثلث مالى فى سبيل الله فهو للغزو فإن أعطوا حاجا منقطعا جاز : وفى النوازل لو صرف إلى سراج المسجد يجوز لكن إلى سراج واحد فى رمضان وغيره اه وهذا يستأنس به فى تعيين قدر الحاجة اه ط (قوله وتصرف لفقراء الكعبة) الذى فى الولوالجية وغيرها لمساكين مكة (قوله وكذا للمسجد وللقدس) أقول الذى فى المنح

لفقراء الكوفة جاز لغيرهم :

وفى الخانية : أوصى بعبد يخدم المسجد ويؤذن فيه جاز ويكون كسبه لوارث الموصى ولو أوصى بثلث ماله لأعمال البر لايصرف ثلثه لبناء السجن ، لأن إصلاحه على السلطان أوصى (بأن يتخذ الطعام بعد موته للناس ثلاثة أيام فالوصية باطلة) كما فى الخانية عن أبى بكر البلخى ، وفيها عن أبى جعفر : أوصى باتخاذ الطعام بعد موته ويطعم الذين يحضرون التعزية جاز من الثلث ، ويحل لمن طال مقامه ومسافته لالمن لم يطل ولو فضل طعام إن كثيرا يضمن وإلا لا اه :

قلت : وحمل المصنف الأول على طعام يجتمع له النائحات بقيد ثلاثة أيام فتكون وصية لهن فبطلت والثانى على ماكان لغيرهن :

عن المجتبى : وبيت المقدس والحاصل أن فى الإيصاء للمسجد قولين : قول بعدم الصحة ، وقول بالصحة كما سيأتى قبيل فصل وصايا الذمى ثم على الصحة هل تصرف على منافعه ، أو على فقرائه قال محمد بالأول على ماهو كالصريح فى كلامهم ، وأما الثانى فصرح به فى المجتبى على ماترى والقائل بعدم الصحة هو الشيخان إلا أن يقول ينفق على المسجد ، فيجوز اتفاقا ، وأجازه محمد مطلقا حملا على إرادة مصالحه تصحيحا للكلام لاعلى إرادة عينه لأنه لايملك سواء عين المسجد أولا وبه أفتى صاحب البحر كما سيأتى . وأما بيت المقدس فلا يتوهم أنه يفترق عن المسجد حتى أن البزازية عزاما فى المتن لمحمد فافهم ، ولا تتعسف وينبغى الافتاء بأن الوصية للمسجد وصية لفقرائه فى مثل الأزهر كذا حرر هذا المحل السائحانى رحمه الله تعالى وانظر مافى شرح الوهبانية (قوله جاز لغيرهم) قال فى الخلاصة الأفضل أن يصرف إليهم وإن أعطى غيرهم جاز وهذا قول أبى يوسف ، وبه يفتى وقال محمد لايجوز اه .

قلت : والأول موافق لقولهم فى النذر بإلغاء تعيين الزمان والمكان والدرهم والفقير (قوله لوارث الموصى) لأن الرقبة على ملكه ولوالجية وهل نفقته فى وقف المسجد ، كما لو أوصى بخدمته لزيد فإن نفقته عليه كما سيأتى لم أره (قوله لأعمال البر) قال فى الظهيرية وكل ماليس فيه تمليك فهو من أعمال البر حتى يجوز صرفه إلى عمارة الوقف وسراج المسجد دون تزيينه لأنه إسراف اه (قوله فالوصية باطلة) هو الأصح كما فى جامع الفتاوى (قوله ويطعم) أى وبأن يطعم تأمل (قوله ويحل لمن طال مقامه ومسافته) ويستوى فيه الغنى والفقير خانية وتفسير طول المسافة أن لايبيتوا فى منازلهم ظهيرية والمراد أن لايمكنهم المبيت فيها لو أرادوا الرجوع إليها فى ذلك اليوم (قوله يضمن) الظاهر أن هذا إذا لم يقدّر الموصى مقدارا معلوما (قوله وحمل المصنف الأول) أى مافى المتن من البطلان (قوله بقيد ثلاثة أيام) الباء للسببية ، وعبارة المصنف وما ذكر عن أبى بكر البلخى مقيد بثلاثة أيام ، وفى اليوم الثالث تجتمع النائحات فتكون وصية لهن فبطلت اه والظاهر أنه فى عرفهم كذلك وكأنه أخذه مما فى الخانية عن أبى القاسم أن حمل الطعام إلى أهل المصيبة فى الإبتداء غير مكروه لاشتغالهم بتجهيز الميت ونحوه ، وأما فى اليوم الثالث فلا يستحب ، لأن فيه تجتمع النائحات فيكون إعانة على المعصية :

أقول : وعلل السائحانى للبطلان بأنها وصية للناس ، وهم لايحصون كما لو قال أوصيت للمسلمين ، وليس فى اللفظ مايدل على الحاجة فوقعت تمليكا من مجهول فلم تصح اه (قوله والثانى) وهو القول بالجواز :

أقول : قدمنا أن القول الأول هو الأصح ، وظاهره الإطلاق ويؤيده مافى آخر الجنائز من فتح القدير حيث قال : ويكره اتخاذ الضيافة من الطعام من أهل الميت لأنه شرع فى السرور لا فى الشرور وهى بدعة مستقبحة روى الإمام أحمد عن جرير بن عبد الله قال كنا نعد الاجتماع إلى أهل الميت ، وصنعهم الطعام من النياحة ، ويستحب لجيران أهل الميت والأقرباء الأباعد تهيئة طعام لهم يشبعهم يومهم وليلتهم لقوله صلى الله عليه وسلم « اصنعوا

[فرع] أوصى بأن يصلى عليه فلان أو يحمل بعد موته إلى بلد آخر أو يكفن فى ثوب كذا أو يطين قبره أو يضرب على قبره قبة أو لمن يقرأ عند قبره شيئا معينا فهى باطلة سراجية وسنحققه :

أوصى بثلث ماله لله تعالى فهى باطلة وقال محمد : تصرف لوجوه البر :

قال : أوصيت لفلان بألف وهو عشر مالى لم يكن له إلا الألف وفى أوصيت له بجميع مافى هذا الكيس، وهو ألف فإذا فيه ألفان ودنانير وجواهر فكله له إن خرج من الثلث مجتبى :

قال لمديونه : إذا مت فأنت برىء من دينى الذى عليك صحت وصيته ولو قال إن مت لايبرأ للمخاطرة :

يدخل المجنون في الوصية للمرضى وفى الوصية للعلماء يدخل المتكلمون فى بلاد خوارزم دون بلادنا ولو أوصى للعقلاء يصرف للعلماء الزاهدين لأنهم هم العقلاء فى الحقيقة فتنبه واعلم أن الوصية فى يد الموصى أو ورثته بمنزلة الوديعة سراج :

لآل جعفر طعاما فقد جاء مايشغلهم » حسنه الترمذى وصححه الحاكم (قوله أوصى بأن يصلى عليه فلان) لعل وجه البطلان أن فيها إبطال حق الولى فى الصلاة عليه (قوله أو يكفن فى ثوب كذا) انظر ماقدمناه عند قول المصنف : ولا من صبى مميز إلا فى تجهيزه (قوله وسنحققه) أى قبيل فصل الوصية بالخدمة بأن المختار أنه لايكره تطيين القبور ولا القراءة عندها ، وينبغى أن القول ببطلان الوصية مبنى على القول بكراهة ذلك وسيأتى مافيه (قوله وقال محمد تصرف لوجوه البر) قدمنا عن الظهيرية أنه المفتى به أى لأنه وإن كان كل شىء لله تعالى لكن المراد التصدق لوجهه تعالى تصحيحا لكلامه بقرينة الحال (قوله قال أوصيت الخ) وكذا أوصيت بثلث مالى، وهو ألف فله الثلث بالغا مابلغ لأن قوله : وهو ألف غير محتاج إليه ولواجية ، وكذا أوصيت بنصيبى من هذه الدار وهو الثلث فإذا نصيبه النصف ، فهو له أو بجميع مافى هذا البيت وهو كر طعام ، فإذا فيه أكثر أو كر حنطة أو شعير والحاصل أنه إذا أوصى بمشار إليه ثم قدره صح وافق المقدار أولا وعلله فى المحيط بأنه أضاف الإيجاب والتمليك إلى الثلث مطلقا ، وإلى جميع مافى الكيس ، فصحت الإضافة إلا أنه غلط فى الحساب ، فلا يقدح فى الإيجاب بخلاف البيع ، فإنه لايصح إلا إذا كان المبيع مقدارا معلوما فانصرف إلى المقدار المذكور وتمامه فى شرح الوهبانية فراجعه (قوله إذا مت) بضم التاء (قوله صحت وصيته) أى لأن تعليق الوصية بالشرط جائز كما فى القنية هذا ، والذى رأيته فى القنية صح وصية فوصية بالتنوين منصوب على التمييز أى أنه ليس بإبراء بل هو وصية لتعليقه على موت نفسه (قوله ولو قال إن مت الخ) عزاه فى مختصر القنية لبعض الكتب ثم ذكر أنه ينبغى أن يكون عدم البراءة إذا فتح التاء أخذا مما فى الفصول وغيره ، لو قال لمديونه إن مت بفتح التاء فأنت برىء لاتصح لأنه تعليق بخطر اه أى والإبراء لايصح تعليقه ، بخلاف الوصية كما مر ، وبه ظهر الفرق بين الضم والفتح والمراد بالخطر هنا التعليق على معدوم مترقب الوقوع ، وإن كان لابد من وقوعه كالموت ومجىء الغد واحترز به عما لو علق الإبراء بشرط كائن كقوله لمديونه إن كان لى عليك دين فقد أبرأتك عنه فإنه يصح كما مر فى آخر كتاب الهبة ومر تمامه هناك فراجعه (قوله فى بلاد خوارزم) وكذا الإقليم الشامى والمصرى سائحانى ولعله لأن أهل الكلام فى خوارزم لايتبعون الشبه بل يتعلمون ، ويعلمون مايجب اعتقاده وفى البلاد الأخرى يذكرون شبه الفلاسفة الملبسة على المسلمين عقائدهم بلا تعرض لردها وحث عن تجنبها ولاشك أنهم إذا كانوا بهذه الصفة فهم ضالون مضلون ليس لهم من العلم الإلهى نصيب ط (قوله فتنبه) كذا فى النسخ وصوابه قنية فإن العبارة لها كما فى المنح ، وإلا أوهمت أنها عبارة السراج ط (قوله بمنزلة الوديعة) فلا ضمان على الموص أو ورثته إذا هلكت فى أيديهم من غير تعد أما إذا استهلكت ، فإن وقع من الموصى فهو رجوع وإن من الورثة قبل القبول

باب الوصية بثلث المال

(إذا أوصى بثلث ماله لزيد والآخر بثلث ماله ولم تجز) الورثة فثلثه لهما نصفين اتفاقا (وإن أصى) بثلث ماله لزيدو (لآخر بسدس ماله فالثلث بينهما)أثلاثا اتفاقا (وإن أوصى لأحدهما بجميع ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز) الورثة ذلك (فثلثه بينهما نصفان) لأن الوصية بأكثر من الثلث إذا لم تجز تقع باطلة فيجعل كأنه أوصى لكل بالثلث فينصف وقالا أرباعا لأن الباطل مازاد على الثلث

أو بعده يكون ضمانه عليه ط وعبارة السراج ذكرها فى المنح عند قول المتن وإنما يصح قبولها بعد موته فراجعها والله تعالى أعلم .

باب الوصية بثلث المال

فى بعض النسخ بثلث ماله (قوله ولم تجز) أى لم تجز الورثة الوصيتين فإن أجازت فظاهر (قوله فالثلث بينهما أثلاثا) أى يقتسمانه على قدر حقهما لصاحب السدس سهم ، ولصاحب الثلث سهمان ، لأن كلا منهما يستحق بسبب صحيح .

والحاصل : أن كل واحدة من الوصايا إذا لم تزد على الثلث كثلث لواحد وسدس لآخر وربع لآخر ولم تجز الورثة يضرب فى الثلث ، ولا يقسم الثلث سوية بينهم إتفاقا مالم يستويا فى سبب الاستحقاق كما فى مسألة المتن الأولى وتمام ذلك فى التاترخانية (قوله ولم تجز الورثة ذلك) فإن أجازوا فعندها يقسم الكل أرباعا ولا نص فيه عنه فقال أبو يوسف قياس قوله : أن يسدس بطريق المنازعة لأن الثلثين لصاحب الكل ، فكان نزاعهما فى الثلث فنصف فالنصف الذى هو السدس لصاحب الثلث ، والباقى للآخر وقال الحسن : إن هذا تخريج قبيح لاستواء سهم صاحب الثلث فى حال الإجازة وعدمها ، وهو السدس فالصحيح أن يربع بطريق المنازعة بأن يقسم الثلث أولا وهو أربعة من اثنى عشر بينهما نصفين ، لأن إجازتهم غير مؤثرة فى قدر الثلث ، وبقى الثلثان ثمانية أسهم يدعيهما صاحب الكل وسهمين منها صاحب الثلث ليتم له الثلث ، فتسلم الستة لصاحب الكل ويتنازعان فى السهمين بنصفين ، فتحصل ثلاثة أسهم لصاحب الثلث ، والباقى للآخر كما فى الحقائق وغيره قهستانى .

قلت : وعلى قولهما يلزم استواء حالتى الإجازة وعدمها (قوله لأن الوصية بأكثر من الثلث الخ) أشار إلى أن قوله بجميع ماله غير قيد وأن المراد مازاد على الثلث ، ولذا عبر فى الملتقى بقوله ولو لأحدهما بثلثه والآخر بثلثيه أو بنصفه أو بكله ينصف الثلث بينهما عنده وعندهما يثلث فى الأول ويخمس خمسين وثلاثة أخماس فى الثانى ويربع فى الثالث اه فالحكم عنده وهو التنصيف متحد فى جميع صور الزائد على الثلث كلا أو غيره والأصل الذى بنيت عليه هذه المسائل هو قول المصنف ولا يضرب الخ (قوله إذا لم تجز) بالبناء للمجهول (قوله تقع باطلة) ليس المراد بطلانها من أصلها وإلا لما استحق شيئا وإنما المراد بطلان الزائد بيان ذلك أن الموصى قصد شيئين الاستحقاق على الورثة فيما زاد على الثلث وتفضيل بعض أهل الوصايا على بعض : والثانى يثبت فى ضمن الأول ، ولما بطل الأول لحق الورثة وعدم إجازتهم بطل ما فى ضمنه وهو التفضيل ، فصار كأنه أوصى لكل منهما بالثلث فينصف الثلث بينهما كما لو أوصى لكل منها به حقيقة اه من العناية موضحا (قوله وقالا أرباعا) أى يقسم الثلث بينهما أرباعا (قوله لأن الباطل مازاد على الثلث) يعني أن الباطل هو أحد الشيئين اللذين قصدهما الموصي ، وهو استحقاق الزائد على الثلث فإنه بطل لحق

فاضرب الكل فى الثلثين يحصل أربعة تجعل ثلث المال (ولا يضرب الموصى له بأكثر من الثلث عند أبى حنيفة) المراد بالضرب المصطلح بين الحساب فعنده سهام الوصية اثنان فاضرب نصف كل فى الثلث يكن سدسا فلكل سدس المال وعندهما أربعة كما قدمنا (إلا فى ثلاث مسائل) وهى (المحاباة

الورثة ، وأما الشيء الآخر وهو قصد الموصى تفضيل أحدهما على الآخر فلا مانع منه فقد جعل لصاحب الكل ثلاثة أمثال ماجعله لصاحب الثلث فيأخذ من ثلث المال بحصة ذلك الزائد بأن يقسم أرباعا ثلاثة منها لصاحب الكل وواحد للآخر (قوله فاضرب الكل فى الثلثين) صوابه فى الثلث كما فى بعض النسخ أى اضرب كل حظ فى ثلث المال بأن تضرب ثلاثة أسهم حظ صاحب الكل فى الثلث وسهما واحدا حظا لآخر الثلث يحصل أربعة أسهم تجعل ثلث المال يعطى للأول ثلاثة أرباع الثلث ، وللثانى ربعه وسيتضح ثم الصحيح قول الإمام كما فى تصحيح العلامة قاسم والدر المنتقى عن المضمرات وغيره (قوله المراد بالضرب المصطلح بين الحساب) وهو تحصيل عدد نسبته إلى أحد المضروبين كنسبة الآخر إلى الواحد ، وقوله : لايضرب بالبناء للمعلوم مسندا مجازا إلى الموصى له والباء صلة الموصى له ، وصلة يضرب مع مفعوله محذوف ، تقديره : لايضرب الموصى له بأكثر من الثلث عددا فى عدد ، فلا يضرب ثلاثة أرباع فى الثلث فى هذه الصورة وتمامه فى القهستانى .

وأقول : ضرب الكسور فى مصطلح الحساب على معنى خذ ، فإذا قيل اضرب ربعا فى ثلث فمعناه خذ ربع الثلث وهو واحد من اثنى عشر فالمعنى هنا : لايضرب الموصى له بأكثر من الثلث أى لايؤخذ له من الثلث بحكم الوصيه له بأكثر من الثلث لما مر من بطلان التفضيل ، فلا تجعل سهام الوصية أربعة كما جعلها الإمامان ، وإنما يؤخذ له من الثلث بحكم الوصية للثلث فقط بأن يجعل كأنه أوصى لكل بالثلث ، فيقسم الثلث بينهما نصفين ، وعلى هذا فالباء صلة يضرب ولا حذف فتدبر ثم رأيت فى غرر الأفكار التصريح بما ذكرته من معنى الضرب ويوافقه ما يأتى (قوله فعنده سهام الوصية اثنان) فلكل واحد النصف وهو سهم واحد (قوله فاضرب نصف كل) أى اضرب نصيب كل منهما وهو النصف فى الثلث يكن سدسا ، لأن الحاصل من ضرب نصف فى ثلث على معنى الأخذ كما قدمناه (قوله وعندهما أربعة) بناء على أنه يضرب له عندهما بحكم الزائد ، فتجعل سهام الوصية أربعة كما قررناه سابقا لأحدهما الربع ، والآخر ثلاثة أرباع ، قال صدر الشريعة وابن الكمال : فيضرب الربع فى ثلث المـــال والربع فى الثلث يكون ربع الثلث ثم لصاحب الكل ثلاثة من الأربعة وهى ثلاثة أرباع ، فيضرب ثلاثة الأرباع فى الثلث بمعنى ثلاثة أرباع الثلث هذا معنى الضرب وقد تحير فيه كثير من العلماء اهـ .

[تنبيه] على هذا الخلاف لو أوصى لرجل بعبد قيمته مثل ثلث ماله ولآخر بعبد قيمته مثل نصف ماله مثلا ، وتمامه فى التاترخانية من الخامس ، ولو أوصى لرجل بسيف قيمته مثل سدس ماله ، ولآخر بسدس ماله وماله سوى السيف خمسمائة ، فللثانى سدسها ، وللأول خمسة أسداس السيف وسدس السيف بينهما لأن منازعتهما فى سدس السيف فقط فيتنصف بينهما وهذا عند الإمام وتمام الكلام فى المجمع وشروحه (قوله إلا فى ثلاث مسائل) استثناء من قوله ولا يضرب الخ (قوله المحاباة) من الحباء أى العطاء مغرب ، وفسرها القهستانى بالنقصان عن قيمة المثل فى الوصية بالبيع والزيادة على قيمته فى الشراء .

وصورتها : أن يكون لرجل عبدان قيمة أحدهما ثلاثون ، والآخر ستون فأوصى بأن يباع الأول من زيد بعشرة ، والآخر من عمرو بعشرين ولا مال له سواهما فالوصية فى حق زيد بعشرين ، وفى حق عمرو بأربعين

والسعاية والدراهم المرسلة) أى المطلقة غير المقيدة بثلث أو نصف أو نحوهما ومن صور ذلك أن يوصى لرجل بألف درهم مثلا أو يحابيه فى بيع بألف درهم أو يوصى بعتق عبد قيمته ألف درهم: وهى ثلثا ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز فالثلث بينهما أثلاثا إجماعا (وبمثل نصيب ابنه صحت) له ابن أولا (وبنصيب ابنه لا) اوله ابن موجود وإن لم يكن له ابن صحت عناية وجوهرة ؟

زاد فى شرح التكملة وصار كما لو أوصى بنصيب ابن لو كان انتهى :

وفى المجتبى ولو أوصى بمثل نصيب ابن لو كان فله النصف اه ونقل المصنف عن السراج مايخالفه فتنبه

فيقسم الثلث بينهما أثلاثا فيباع الأول من زيد بعشرين والعشرة وصية له ويباع الثانى من عمرو بأربعين والعشرون وصية له وإن كانت زائدة على الثلث ابن كمال (قوله والسعاية) صورتها أعتق عبدين قيمتهما ما ذكر ولا مال له سواهما ، فالوصية للأول بثلث المال وللثانى بثلث المال فسهام الوصية بينهما أثلاث واحد للأول واثنان للثانى ، فيقسم الثلث بينهما كذلك فيعتق من الأول ثلثه ، وهو عشرة ويسعى فى عشرين ، ويعتق من الثانى ثلثه وهو عشرون ، ويسعى فى أربعين فيضرب كل بقدر وصيته وإن كان زائدا على الثلث ابن كمال (قوله والدراهم المرسلة) صورتها أوصى لزيد بثلاثين درهما ولآخر بستين درهما وماله تسعون يضرب كل بقدر وصيته فيضرب الأول الثلث فى ثلث المال والثانى الثلثين فى ثلث المال وإنما فرق أبو حنيفة بين هذه الصور وبين غيرها لأن الوصية إذا كانت مقدرة بما زاد على الثلث صريحا كالنصف والثلثين ، وغيرهما والشرع أبطل الوصية فى الزائد يكون ذكره لغوا فلا تعتبر فى حق الضرب ، بخلاف ما إذا لم تكن مقدرة بأنه أى شىء من المال كما فى الصور المذكورة فإنه ليس فى العبارة ما يكون مبطلا للوصية ، كما إذا أوصى بخمسين درهما ، واتفق أن ماله مائة درهم فإن الوصية لاتكون باطلة بالكلية ، لإمكان أن يظهر له مال فوق المائة وإذا لم تكن باطلة بالكلية تكون معتبرة فى حق الضرب وهذا فرق دقيق أنيق ابن كمال (قوله ومن صور ذلك الخ) أفاد به أنه لايشترط أن تكون محاباة أو سعاية أو عتقا من جهتى الموصى لهما ، بل يكفى وجود ذلك من طرف ، ويكون بقدر ثلثى المال والموصى للطرف الآخر بثلث المال فليتأمل ط :

أقول : لكن هذا التصوير مشكل لما صرحوا به من أن العتق المنفذ فى المرض والمحاباة المنجزة فيه مقدمان على سائر الوصايا كما مر ويأتى فى الباب الآتى (قوله أو يحابيه) أى فى مرض الموت ح وقوله بألف درهم متعلق بيحابيه (قوله وهى ثلثا ماله) أى الألف درهم فى المسائل الثلاث ح ، وذلك بأن يكون ماله ألفا وخمسمائة فأوصى بألف منها لفلان ، أو يكون له ثوب مثلا قيمته ذلك ، فأوصى بأن يحابى بألف وذلك بأن يباع بخمسمائة ومسئلة العتق ظاهرة (قوله ولآخر بثلث ماله) متعلق بالمسائل الثلاث ح (قوله فالثلث بينهما أثلاثا إجماعا) تقريره ظاهر مما قدمناه (قوله وبنصيب إبنه لا) أى لأن نصيبه ثبت بنص القرآن ، فإذا أوصى به لرجل آخر فقد أراد تغيير ما فرض الله تعالى ، فلا يصح منح ، ولا يلتفت إلى إجازة الورثة ، لأن الوصية لم تقع فى ملكه وإنما أضافها إلى ملك غيره ، فصار كمن أوصى لرجل بملك زيد ثم مات فأجازه زيد فإن ذلك لايجوز كذا هنا اه مكى عن السراج ط (قوله وصار) أى قوله بمثل نصيبه ابنه ح أو قوله بنصيب ابنه حيث لم يكن له ابن (قوله ونقل المصنف الخ) حيث قال : ولو أوصى بمثل نصيب ابن لو كان أعطى ثلث المال ، لأنه أوصى له بمثل نصيب ابن معدوم ، فلا بد من أن يقدر نصيب ذلك الإبن بسهم ، ومثله سهم أيضا ، فقد أوصى له بسهم من ثلاثة فى الحاصل ، بخلاف الأولى فإنه هناك أوصى بنصيب ابن لو كان ، ولم يقل بمثل نصيب ابن لو كان كذا فى السراج

(وله) فى الصورة الأولى (ثلث إن أوصى مع ابنين) ونصف مع ابن واحد إن أجاز ومثلهم البنات والأصل أنه متى أوصى بمثل نصيب بعض الورثة يزاد مثله على سهام الورثة مجتبى (وبجزء أو سهم من ماله فالبيان إلى الورثة) يقال لهم أعطوه ماشئتم ثم التسوية بين الجزء والسهم عرفنا ؛

وأما أصل الرواية فبخلافه (وإن قال سدس مالى له ثم قال ثلثه له وأجازوا له ثلث) أى حقه الثلث فقط ،

الوهاج اه ومثله فى الجوهرة ، وكذا فى غاية البيان عن شرح الطحاوى ؛

وأما مافى المجتبى فلم يعزه إلى أحد وهو وإن كان وجهه ظاهرا إذ لايظهر فرق بينه وبين ما إذا أوصى بمثل نصيب ابن موجود لكنه لايعارض ماهنا مالم يؤيد بنقل لأن المجتبى للزاهدى وقد قالوا لا يلتفت إلى ماقاله الزاهدى مخالفا للقواعد مالم يؤيد بنقل تأمل (قوله وله فى الصورة الأولى) أى من صورتى المتن ثلث إن أوصى مع ابنين ، والقياس أن يكون له النصف عند إجازة الورثة لأنه أوصى بمثل نصيب إبنه ، ونصيب كل واحد منهما النصف وجه الأول أنه قصد أن يجعله مثل ابنه لا أن يزيد نصيبه على نصيب ابنه ، وذلك بأن يجعل الموصى له كأحدهم زيلعى (قوله إن أجاز) أى أجاز الزيادة وإلا فالثلث فقط (قوله ومثلهم البنات) أى إن أوصى بمثل نصيب بنته وله بنت واحدة فله النصف إن أجازت وإلا فالثلث ، ومع البنتين له الثلث كما فى المنح ولو كان مع ثلاث بنات هل له الثلث أيضا باعتبار أن فرض البنتين الثلثان أو الربع ؟ والظاهر الثانى ، وإلا لم يكن له مثل نصيب بنت اه ح ويؤيده ماذكره الشارح عن المجتبى من الأصل ط (قوله يزاد مثله الخ) حتى لو كان له ابن وبنت وأوصى بمثل نصيب البنت فله الربع ولو كان لها زوج وثلاث أخوات متفرقات ، وأوصت بمثل نصيب الأخت لأم فله العشر مجتبى(١) قال فى الهندية : والوجه فى ذلك أن تبين الفريضة أو لا ، ثم يزاد مثل نصيب من ذكره على مخرج الفريضة ، فلو ترك أما وابنا وأوصى بمثل نصيب بنت ، فالوصية من سبعة عشر سهما للموصى له خمسة ، وللابن عشرة وللأم سهمان ، لأن أصلها من ستة للابن خمسة فللبنت إثنان ونصف ، فيزاد على أصل الفريضة ويضعف للكسر فبلغت سبعة عشر للموصى له خمسة بقى اثنا عشر يعطى للأم سدسها إثنان ، والباقى للإبن اه أى لأن الإرث بعد الوصية وفيها أيضا لو له بنت وأخت عصبية ، وأوصى لرجل بمثل نصيب البنت فله ثلث المال أجازتا أولا اه وهذه فائدة معتبرة بنى عليها السائحانى فى فتاواه النعمية عدة صور سئل عن بعضها فلتحفظ (قوله وبجزء الخ) مثله الحظ والشقص والنصيب والبعض جوهرة (قوله فالبيان إلى الورثة الخ) لأنه مجهول يتناول القليل والكثير والوصية لاتمنع بالجهالة والورثة قائمون مقام الموصى ، فكان إليهم بيانه زيلعى (قوله عرفنا) أى عرف العجم در منتقى (قوله وأما أصل الرواية فبخلافه) وهى أن السهم السدس فى رواية الجامع الصغير فإنه قال فيه له أخس سهام الورثة إلا أن ينقص من السدس فيتمم له السدس ، ولا يزاد له فكان حاصله أن له السدس ، وعلى رواية كتاب الوصايا أخس سهام الورثة ، مالم يزد على السدس وقالا له الأخس إلا أن يزيد على الثلث فيكون له الثلث اه اختيار فالسدس على الرواية الأولى لمنع النقصان ، ولا يمنع الزيادة وعلى الثانية بالعكس وذكر فى الهداية مايمنع الزيادة والنقصان زيلعى : فأما أن صاحب الهداية اطلع على رواية غيرهما أو جمع بينهما عناية وتمام ذلك فى المطولات ؛

---

(١) (قوله فله العشر مجتبى) صوابه التسع وذلك لأن أصل المسئلة من ستة وتعول إلى ثمانية للزوج نصف الستة ثلاثة وللشقيقة النصف ثلاثة أيضا ويعال بسدس لذات الأب تكملة الثلثين وبسدس أيضا لذات الأم فتكون ثمانية وإذا فرض الموصى له ذات أم يعال له بتاسع تأمل اه

وإن أجازت الورثة لدخول السدس في الثلث مقدما كان أو مؤخرا أخذا بالمتيقن ، وبهذا اندفع سؤال صدر الشريعة وإشكال ابن الكمال (وفى سدس مالى مكررا له سدس) لأن المعرفة قد أعيدت معرفة (وبثلث دراهمه وغنمه أو ثيابه) متفاوتة فلو متحدة فكالدراهم (أو عبيده

[تنبيه] هذا كله إذا كان له ورثة ففى الاختيار والجوهرة : لو أوصى لرجل بسهم من ماله ، ولا وارث له فله النصف لأن بيت المال بمنزلة ابن فصار كأن له ابنان ٧ ولا مانع من الزيادة على الثلث فصح اه وانظر على القول بالتسوية بين الجزء والسهم ، هل يعطى النصف أيضا أم يقال لوكيل بيت المال أعطه ماشئت ، وحرره نقلا (قوله وبهذا اندفع سؤال صدر الشريعة) حاصل: سؤاله أن قول الموصى ثلث مالى له لايصلح إخبارا لأنه كذب فتعين الإنشاء، فينبغى أن يكون له النصف، وتقرير الدفع سلمنا أن قوله ذلك إنشاء إلا أنه بعد قوله سدس مالى له محتمل، لأن يكون أراد به زيادة سدس أو أراد ثلثا آخر غير السدس، فيحمل على المتيقن (قوله وإشكال ابن الكمال) حيث قال فى هامش شرحه بعد تقريره جواب السؤال المار بما ذكرناه :

بقى ههنا شيء : وهو أنه لايخلو من أن يكون الثلث الذى أجازه الورثة ثلثا زائدا على السدس الذى أجازوه أولا يكون ثلثا زائدا عليه إذ لاوجه لإجازتهم بلا تعيين المراد ، إذ مرجعه إلى إجازة اللفظ ، ولا معنى له والثانى يأباه قوله : وأجازوا لأنه مستغنى عن إجازتهم ، وعلى الأول لايصح الجواب المذكور ، ولعله لذلك أسقط صاحب الكنز القيد المذكور اه :

وحاصله : أنه يتعين المعنى الثانى وهو أن تكون الإجازة لثلث غير زائد على السدس : أى لثلث داخل فيه السدس لأنه المتيقن ، وبه يتم الجواب عن سؤال صدر الشريعة ، لكن يبقى قوله : وأجازوا زائدا لافائدة فى إذ الثلث لازم مطلقا ، ولهذا أسقطه فى الكنز :

والجواب ماأشار إليه الشارح بقوله : وإن أجازت لورثة أى أنه غير قيد احترازى بل ذكروه لئلا يتوهم أن له النصف عند الإجازة وليفهم أن له الثلث عند عدمها بالأولى فافهم؛ولله در هذا الشارح على هذه الرموز التى هى جواهر الكنوز ، لكن بقى هنا إشكال ذكره فى الشرنبلالية ونقل نحوه عن قاضى زاده ، وهو أن صاحب الحق وهو الوارث رضى بما يحتمله كلام الموصى من اجتماع الثلث مع السدس وامتناع ماكان غير متيقن لحق الوارث ، فبعد أن رضى كيف يتكلف للمنع اه :

وحاصله : أنه يتعين المعنى الأول وهو أن إجازتهم للزائد لأنه المحتاج إليها :

وأقول : جوابه أنه لما احتمل كلام الموصى حملناه على المتيقن الذى يملكه وهو الوصية بالثلث كامر ، والوصية إيجاب تمليك ، فكان إيجاب الثلث متيقنا ، وإيجاب الزائد مشكوكا فيه ، وإجازة الوارث لاتعمل إلا فيما أوجبه الموصى ، ولم نتيقن بإيجاب الموصى فيما زاد على الثلث حتى تعمل الإجازة عملها فلغت ، لأن الإجازة ليست إبتداء تمليك ، وإنما هى تنفيذ لعقد الموصى المتوقف عليها ولهذا يثبت الملك للمجاز له من قبل الموصى ، لامن قبل المجيز كماسيجىء آخر الباب هذا ماظهر لفهمى السقيم من فيض الفتاح العليم (قوله مكررا) بأن قال له سدس مالى له سدس مالى فى مجلس أو مجلسين كما فى الهداية (قوله لأن المعرفة) وهى سدس فإنه ذكر معرفا بالإضافة إلى المال قد أعيدت معرفة :أى فكانت عين الأولى وهذا على ماهو الأصل فلا يرد أنها قد تكون غيرا كقوله تعالى — وأنزلنا إليك الكتاب بالحق مصدقا لما بين يديه من الكتاب — أى التوراة لأنه خلاف الأصل لقرينة والمسألة أوضحناها فى حواشينا على شرح المنار (قوله أو عبيده) ولا تكون إلا متفاوتة فلذا فصل فى الثياب فقط

إن هلك ثلثاه فله) جميع (مابقى فى الأولين) أى الدراهم والغنم إن خرج من ثلث باقى جميع أصناف ماله أخى جلبى (وثلث الباقى فى الآخرين) أى الثياب والعبيد وإن خرج الباقى من ثلث كل المال (وكالأول كل متحد الجنس كمكيل وموزون) وثياب متحدة وضابطه مايقسم جبرا وكالثانى كل مختلف الجنس وضابطه مالا يقسم جبرا (وبألف وله دين) من جنس الألف (وعين فإن خرج) الألف (من ثلث العين دفع إليه وإلا) يخرج (فثلث العين) يدفع له (وكلما خرج) شئ (من الدين دفع إليه ثلثه حتى يستوفى حقه) وهو الألف (وبثلثه لزيد وعمرو وهو) أى عمرو (ميت لزيد كله) أى كل الثلث :

والأصل أن الميت أو المعدوم لايستحق شيئا فلا يزاحم غيره وصار (كما لو أوصى لزيد وجدار هذا إذا خرج المزاحم من الأصل أما إذا خرج) المزاحم (بعد صحة الإيجاب يخرج بحصته) ولا يسلم للآخر كل الثلث لثبوت الشركة (كما لو قال ثلث مالى لفلان وفلان بن عبد الله إن مت وهو فقير فمات الموصى وفلان بن عبد الله غنى كان لفلان نصف الثلث) وكذا لو مات أحدهما قبل الموصى وفروعه كثيرة :

أفاده فى الشرنبلالية (قوله إن هلك ثلثاه) الخ) أى ثلثا مدراهم أو الغنم بأن كانت ثلاثة مثلا فهلك منها اثنان وبقى واحد فله ذلك الباقى بتمامه وقال زفر له ثلث مابقى هنا أيضا ، لأن المال مشترك والهالك منه يهلك على الشركة ، ويبقى الباقى كذلك ، ووجه قول الإمام وصاحبيه أنه فى الجنس الواحد يجمع حق الموصى له فى الباقى تقديما للوصية على الميراث ، ولأنه لو لم يهلك شيء فللقاضى أن يجعل هذا الباقى له ، بخلاف الثياب المختلفة ونحوها فإنها لاتقسم جبرا وتمام ذلك فى المطولات قال فى غاية البيان : وبقول زفر نأخذ وهو القياس اه وأقره فى السعدية تأمل (قوله إن خرج الخ) هذا الشرط مصرح به فى عامة الشروح حتى فى الهداية (قوله وبألف الخ) لايقال ينبغى أن لايستحق من الدين شيئا لأن الألف مال والدين ليس بمال فإن من حلف لامال له وله دين لايحنث لأنا نقول الدين يسمى مالا بعد خروجه وثبوت حق الموصى له بعد الخروج ممكن كالموصى له بالثلث لاحق له فى القصاص ، وإذا انقلب مالا يثبت فيه حقه لأنه مال الميت ، ومسألة اليمين على العرف معراج ملخصا . وبه ظهر أنه لو أوصى بثلث ماله يدخل الدين أيضا وهو أحد قولين ورجحه فى الوهبانية وتوقف فيه صاحب البحر فى متفرقات القضاء فراجعه (قوله من جنس الألف) كذا فى الدرر ، والظاهر أن فائدته مناسبة قوله : وكلما خرج شيء من الدين دفع إليه إذ لو كان دنانير لاتدفع إليه تأمل ، وقدم فى المنح عن السراج إذا أوصى بدراهم مرسلة ثم مات تعطى للموصى له لو حاضرة وإلا تباع الشركة ويعطى منها تلك الدراهم اه (قوله وعين) قال أبو يوسف : العين الدراهم والدنانير دون التبر والحلى والعروض والثياب والدين كل شيء يكون واجبا فى الذمة من ذهب أو فضة أو حنطة ونحو ذلك وتمامه فى الطورى (قوله فإن خرج الألف الخ) قال فى العناية بأن كان له ثلاثة آلاف درهم نقدا فيدفع إليه الألف ، وإن لم يخرج بأن كان النقد أيضا ألفا دفع منه إليه ثلثه (قوله وإلا يخرج فثلث العين الخ) أى ولا يدفع له الألف من العين ، لأن التركة مشتركة بينه وبين الورثة والعين خير من الدين ، فلو اختص به أحدهما تضرر الآخر اختيار أى لاحتمال هلاك الدين عند المديون (قوله له لزيد كله) وعن أبى يوسف إذا لم يعلم الموصى بموته له نصف الثلث لأنه لم يرض له إلا به زيلعى (قوله أو المعدوم) فلو أوصى لزيد ولمن كان فى هذا البيت ولا أحد فيه كان الثلث لزيد ، لأن المعدوم لايستحق مالا وكذا لو أوصى له ولعقبه ، لأن العقب من يعقبه بعد موته فيكون معدوما فى الحال درر وللشرنبلالى فى مسألة الوصية للعقب كلام يأتى مافيه فى باب الوصية للأقارب (قوله وكذا لو مات أحدهما) أى أحد الموصى لهما (قوله قبل الموصى) أما بعده فالورثة تقوم مقامه فالمزاحمة موجودة (قوله وفروعه كثيرة) منها لو قال ثلث مالى لفلان وعبد الله إن كان عبد الله فى هذا البيت ، ولم يكن فيه كان لفلان نصف الثلث ، لأن

(وأصله المعول عليه أنه متى دخل فى الوصية ثم خرج لفقد شرط لايوجب الزيادة فى حق الآخر ومتى لم يدخل فى الوصية لفقد الأهلية كان الكل للآخر) ذكره الزيلعى (وقيل العبرة لوقت موت الموصى) وإليه يشير كلام الدرر تبعا للكافى حيث قال : أو له ولولد بكر فمات ولده قبل موت الموصى إلى آخره لكن قول الزيلعى فيما مر أما إذا خرج المزاحم بعد صحة الإيجاب الخ صريح فى اعتبار حالة الإيجاب وقيل فيه روايتان (ولو قال بين زيد وعمرو هو ميت لزيد نصفه) لأن كلمة بين توجب التنصيف حتى لو قال ثلثه بين زيد وسكت فله نصفه أيضا (وبثلثه وهو) أى الموصى (فقير) وقت وصيته (له ثلث ماله عند موته) سواء (اكتسبه بعد الوصية أو قبلها) لما تقرر أن الوصية إيجاب بعد الموت (إذا لم يكن الموصى به عينا أو نوعا معينا ؛

بطلان استحقاقه لفقد شرطه لايوجب الزيادة فى حق الآخر منح (قوله ثم خرج لفقد شرط) أى أو لزوال أهلية كما لو مات أحدهما قبل الموصى (قوله ذكره الزيلعى) أى جميع ماتقدم متنا وشرحا (قوله وقيل العبرة) أى فى صحة الإيجاب (قوله أوله) أى لزيد (قوله إلى آخره) تمامه أوله ولفقراء ولده أو لمن افتقر من ولده ، وفات شرطه عند موت الموصى فالثلث كله لزيد فى هذه الصورة ، لأن المعدوم أو الميت لايستحق شيئا فلا تثبت المزاحمة لزيد فصار كما إذا أوصى لزيد ولجدار اه (قوله لكن قول الزيلعى فيما مر) أى فى عبارة المتن ولا محل للاستدراك بعد قول المصنف : وقيل الخ فإنه مسوق لبيان المخالفة بينه وبين مامر فتدبر ؛

ثم اعلم أن تعبير المصنف بقوله وقيل : أخذا من إشارة الدرر والكافى مبنى على مافهمه من مخالفته لما قدمه مع أنه لامخالفة : بيان ذلك ماذكره فى التاترخانية من الفصل السادس : أن الأصل أن الموصى له إذا كان معينا من أهل الاستحقاق ، تعتبر صحة الإيجاب يوم الوصية ، ومتى كان غير معين تعتبر صحة الإيجاب يوم موت الموصى فلو قال : ثلث مالى لفلان ولولد بكر فمات ولده قبل الموصى فلفلان كل الثلث ، وإن ولد لبكر عشرة أولاد ثم مات الموصى ، فالثلث بين فلان وبين الأولاد على عددهم أحد عشر سهما اعتبار اليوم موت الموصى ، لأن الولد غير معين ، وهو يتناول الواحد والأكثر ، وكذا إذا أوصى لبنى فلان وليس له ابن يوم الوصية ثم حدث له بنون ومات الموصى ، فالثلث لهم وإن كان له بنون يوم الوصية ، ولم يسمهم ولم يشر إليهم فالثلث للموجودين عند موته ولو كانوا غير الموجودين وقت الوصية وإن سماهم أو أشار إليهم فالوصية لهم حتى لو ماتوا بطلت لأن الموصى له معين فتعتبر صحة الإيجاب يوم الوصية اه ملخصا ؛

وبه ظهر أن مافى الدرر من اعتبار يوم الموت لصحة الإيجاب إنما هو لكون الموصى له غير معين ؛ لأن قوله ولد بكر أو فقراء ولده أو من افتقر غير معين إذ لاتسمية ، ولا إشارة وإذا كان المعتبر يوم الموت فى ذلك وفات الشرط عنده بأن كان الولد ميتا أو غنيا فقد خرج المزاحم من الأصل ، فلذا كان جميع الثلث لزيد ، وظهر أيضا أن كلام الزيلعى ليس صريحا فى اعتبار حالة الإيجاب مطلقا لأن كلامه فى المعين فتدبر (قوله لأن كلمة بين توجب التنصيف) الظاهر أن هذا إذا دخلت على مفردين كما هنا أما لو دخلت على ثلاثة كقوله بين زيد وعمر وبكر فإنها توجب القسمة على عددهم تأمل ، وعلى هذا فإذا قال بين زيد ، وسكت فإنها تنصف ، لأن أقل الشركة بين اثنين ولانهاية لما فوقهما ، وأما إذا دخلت على جمعين ففى المعراج لوقال : بين بنى زيد وبين بنى بكر وليس لأحدهما بنون ، فكل الثلث لبنى الآخر لأنه جعل كل الثلث مشتركا بين بنى زيد حتى لو اقتصر عليه كان الثلث بينهم ، فإذا لم تثبت المزاحمة كان كل الثلث بينهم وقوله بين بنى فلان وفلان كما مر اه أى لافرق بين تكرار بين وعدمه (قوله وهو فقير) الأولى حذفه ليتأتى الإطلاق الآتى ط (قوله لما تقرر أن الوصية إيجاب الخ) أى عقد تمليك

أما إذا أوصى بعين أو نوع من ماله كثلث غنمه فهلكت قبل موته بطلت) لتعلقها بالعين فبطل بفواتها (وإن اكتسب غيرها ولو لم يكن له غنم عند الوصية فاستفادها) أي الغنم (ثم مات صحت) في الصحيح لأن تعلقها بالنوع كتعلقها بالمال (ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم يعطى قيمة الشاة بخلاف) قوله (له شاة من غنمي ولا غنم له) يعني لاشاة له فإنها تبطل وكذا لو لم يضفها لماله ولا غنم له وقيل تصح (وكذا) الحكم (في كل نوع من أنواع المال كالبقر والثوب ونحوهما) زيلعي (وبثلثه لأمهات أولاده وهن ثلاثة وللفقراء والمساكين لهن) أي أمهات الأولاد ثلاثة أسهم من خمسة (وسهم للفقراء وسهم للمساكين) وعند محمد يقسم أسباعا لأن لفظ الفقراء والمساكين جمع وأقله اثنان .

قلنا : أل الجنسية تبطل الجمعية (بثلثه لزيد وللمساكين لزيد نصفه) ولهم نصفه وعند محمد أثلاثا كما مر ولو أوصى بثلثه لزيد وللفقراء والمساكين قسم أثلاثا عند الإمام وأنصافا عند أبي يوسف وأخماسا عند محمد اختيار

بعد الموت، ولهذا يعتبر القبول والرد بعد الموت ، ويثبت حكمه بعده (قوله أما إذا أوصى الخ) .

حاصله : أن ما مر من عدم التفصيل إنما هو شائع في كل المال ليس عينا ، ولا نوعا وأما غيره ففيه تفصيل فإن كان عينا كثلث غنمي وله غنم يعتبر فيه الموجود وقت الوصية ، لأنه معين بالإضافة العهدية ، لأنها تأتي لما تأتي له الألف واللام ، وإن كان نوعا كثلث غنمي ، ولا غنم له فهو كالشائع في كل المال يعتبر فيه الموجود عند الموت لأنه ليس عينا ، حتى تتقيد به الوصية لعدم العهدية هذا ماظهر لي فتأمل (قوله وليس له غنم) أو كان وهلك معراج وإن كان في ماله شاة يخير الورثة بين دفعها أو دفع قيمتها نهاية (قوله يعطى قيمة الشاة) أي شاة وسط معراج (قوله بخلاف قوله الخ) الفرق أنه في الأولى : لما أضاف الشاة إلى المال علمنا أن مراده الوصية بمالية الشاة وماليتها توجد في مطلق المال ، وفي الثانية : لما أضافها إلى الغنم علمنا أن المراد به عين الشاة ، حيث جعلها جزءا من الغنم زيلعي (قوله يعني لاشاة له) تبع ابن الكمال حيث عبر به مخالفا لما في الهداية وغيرها ، وقال : إنما قال ولا شاة له ، ولم يقل ولا غنم له كما قال صاحب الهداية ، لأن الشاة فرد من الغنم ، فإذا لم يكن له شاة لايكون له غنم بدون العكس ، والشرط عدم الجنس لا عدم الجمع حتى لو وجد الفرد تصح الوصية اهـ وفيه رد على صدر الشريعة حيث قال : تبطل الوصية أيضا بوجود شاة اهـ .

أقول : وفيه نظر فإن الموصي قال شاة من غنمي بلفظ الجمع ومن لا شاة له أصلا أو له شاة واحدة يكون لاغنم له فبطلت الوصية في الصورتين إذ لم يوجد الغنم الجمع فيهما ، فظهر أن شرط البطلان عدم الجمع لا عدم الجنس ، وعن هذا قال صدر الشريعة عبارة الهداية أشمل لدلالتها على بطلان الوصية في الصورتين (قوله وكذا لو لم يضفها لماله) جزم به مع أنه في الهداية والتبيين والمنح ، قالوا قيل لاتصح ؛ لأن المصحح إضافتها إلى المال، وبدونها تعتبر صورة للشاة ومعناها وقيل تصح ، لأنه لما ذكر الشاة وليس في ملكه شاة علم أن مراده المالية اهـ تأمل (قوله وأقله اثنان) أي في الميراث والوصية أخته ابن كمال (قوله تبطل الجمعية) حتى لو أتى به منكرا قلنا كما قال محمد زيلعي .

[تنبيه] هذه الوصية تكون لأمهات أولاده اللاتي يعتقن بموته أو اللاتي عتقن في حياته إن لم يكن له غيرهن فإن كان له منهما ، فالوصية للاتي يعتقن بموته ، لأن الإسم لهن في العرف واللاتي عتقن في حياته موال لا أمهات أولاد ، وإنما تصرف إليهن الوصية عند عدم أولئك لعدم من يكون أولى منهن بهذا الإسم وتمامه في الزيلعي (قوله وأنصافا عند أبي يوسف) لأن الفقراء والمساكين صنف واحد من حيث المعنى إذ كل واحد منهما ينبئ

(ولو أوصى للمساكين كان له صرفه إلى مسكين واحد) وقال محمد لاثنين على مامر ، فلا يجوز صرف ما للمساكين لأقل من اثنين عنده ، والخلاف فيما إذا لم يشر لمساكين ، فلو أشار إلى جماعة وقال : ثلث مالى لهذه المساكين لم يجز صرفه لواحد اتفاقا ولو أوصى لفقراء بلخ فأعطى غيرهم جاز عند أبي يوسف وعليه الفتوى خلاصة وشرنبلاليه (وبمائة لرجل وبمائة لآخر فقال لآخر أشركتك معهما له ثلث كل مائة) لتساوى نصيبهما فأمكنت المساواة فلكل ثلثا المائة (و) لو (باربعمائة) مثلا (له وبمائتين لآخر فقال لآخر أشركتك معهما له نصف ما لكل منهما) لتفاوت نصيبهما فيساوى كلا منهما (وبثلث ماله لرجل ثم قال لآخر أشركتك أو أدخلتك معه فالثلث بينهما) لما ذكرنا (وإن قال لورثته لفلان على دين فصدقوه فإنه يصدق) وجوبا (إلى الثلث) استحسانا بخلاف قوله (كل من ادعى على شيئا فأعطوه) لأنه خلاف الشرع (إلا أن يقول إن رأى الوصى أن يعطيه فيجوز من الثلث) ويصير وصية ولو قال ما ادعى فلان من مالى فهو صادق فإن سبق منه دعوى فى شىء معلوم فهو له وإلا لا مجتبى (فإن أوصى بوصايا مع ذلك) أى مع قوله لورثته لفلان على دين فصدقوه (عزل الثلث لأصحاب الوصايا والثلثان للورثة وقيل لكل) من أصحاب الوصايا والورثة (صدقوه فيما شئتم ومابقى من الثلث فللوصايا) والدين وإن كان مقدما على الحقين إلا أنه مجهول وطريق تعينه

عن الحاجة اختيار ، لكن قول أبي يوسف فى المسألة السابقة كقول الإمام فيحتاج إلى الفرق هنا تأمل (قوله على مامر) أى من اعتبار أقل الجمع (قوله جاز) لكن الأفضل الصرف إليهم خلاصة (قوله لتساوى نصيبهما) لأن الشركة للمساواة لغة ولهذا حمل قوله تعالى — فهم شركاء فى الثلث — على المساواة زيلعى (قوله لتفاوت نصيبهما) فلا تمكن المساواة بين الكل فحملناه على مساواة الثالث مع كل واحد منهما بما سماه له فيأخذ النصف من كل واحد من المالين ولو أوصى لزيد بأمة ولبكر بأخرى ، ثم قال لآخر أشركتك معهما ، فإن تفاوتا قيمة فله نصف كل إجماعا وكذا إن تساويا عنده وثلث كل عندهما بناء على قسمة الرقيق وعدمها زيلعى ملخصا (قوله لما ذكرنا) أى من إمكان المساواة ط (قوله فصدقوه) فعل أمر (قوله استحسانا) وفى القياس : لايصدق ، لأن الإقرار بالمجهول ، وإن كان صحيحا ولكنه لايحكم به إلا بالبيان وقوله : فصدقوه صدر مخالفا للشرع ، لأن المدعى لايصدق إلا بحجة وجه الاستحسان أن أصل الحق دين ومقداره يثبت بطريق الوصية اهـ ح (قوله لأنه خلاف الشرع) تعليل لما استفيد من قوله : بخلاف من أنه باطل ط . ولايأتى وجه الاستحسان هنا لجهالة الموصى له (قوله ويصير وصية) لأنه فوضه إلى رأى الموصى ، أفاده المصنف وفيه إشارة إلى أن الوصية المفوضة تصح وإن جهل صاحبها ، وقدمناه أول الكتاب (قوله فإن سبق منه دعوى) أى فى حياة المقر ط (قوله فهو له) ويكون إقرارا منه بما ادعاه ط : أى فيكون من جميع المال .

وأما قول ح : إنه من الثلث فمبنى على أن الدعوى بعد موت المقر وفيه نظر ولذا قال ط : وتأويل ادعى بيدعى خلاف المتبادر من اللفظ بخلاف الأولى ، فإنه قد أثبت عليه دينا وفوض تقديره إلى الورثة (قوله وإلا لا) أى لاشىء له وهذا التفصيل لأبي الليث ، وذكر أنه لا رواية فى المسألة أفاده فى الكفاية (قوله عزل الثلث الخ) لأن الوصايا حقوق معلومة فى الثلث والميراث معلوم فى الثلثين وهذا ليس بدين معلوم ، ولا وصية معلومة فلا يزاحم المعلوم فقدمنا عزل المعلوم زيلعى (قوله وما بقى من الثلث فللوصايا) اقتصاره فى المتن على ذلك غير موف بالمراد ، فكان عليه ذكر التفصيل الذى ذكره الشارح بقوله فيؤخذ الخ كما فعل فى الملتقى والدرر والإصلاح (قوله والدين الخ) جواب سؤال : هو أن هذا إقرار بدين والدين مقدم على حق الورثة ، وحق أصحاب الوصايا

ماذكر فيؤخذ الورثة بثلثي ما أقروا به والموصى لهم بثلث ماأقروا به ومابقي فلهم ويحلف كل على العلم لو ادعى الزيادة :

قلت : بقي لو كانت الوصايا دون الثلث هل يعزل الثلث كله أم بقدر الوصايا لم أره وبقي أيضا هل يلزمهم أن يصدقوه فى أكثر من الثلث يراجع ابن الكمال به (ولأجنبي ووارثه أو قاتله نصف الوصية وبطل وصيته

فلم قدم العزل لهما عليه (قوله ماذكر) أى من تصديق الفريقين (قوله فيؤخذ الورثة بثلثي ما أقروا به الخ) لأنه إذا أقر كل فريق بسهم ظهر أن فى التركة دينا شائعا فى النصيبين ، فيؤخذ الدين منهم بحساب مافى أيديهم من التركة عيني وغيره (قوله وما بقي فلهم) أى مابقي من الثلث فلأصحاب الوصايا ، وما بقي من الثلثين ، فللورثة حتى لو قال الموصى لهم الدين مائة يعطى المقر له ثلثها مما فى أيديهم فإن فضل شيء فلهم ، وإن قال الورثة الدين ثلثمائة يعطى المقر له مائتين مما فى أيديهم ، فإن فضل شيء فلهم وإلا فلا إتقانى (قوله على العلم) أى بأنهم لايعلمون أن له أكثر من ذلك قال الزيلعي لأنه تحليف على فعل الغير اه أى على ماجرى بين المدعى والميت لا على فعل نفسه فلا يحلف على البتات (قوله قلت بقي الخ) منشأ ذلك أن قول المصنف كغيره عزل الثلث لأصحاب الوصايا ظاهر فى أن الوصايا استغرقت الثلث ، وبه صرح الزيلعي ، وابن الكمال كما يأتى فى الاشكال ، فلم يعلم منه حكم ما إذا كانت دونه ، نعم يفهم منه أنه يعزل بقدرها بقي إذا عزل منه بقدر الوصايا فقط وقيل : لكل من أصحابها والورثة صدقوه فيما شئتم ، فكم يؤخذ من كل فريق منهم وذكر ط أن قياس ما ذكروه فى المسألة السابقة أن ينظر إلى مافى يد كل فيكون ماصدقوه فيه لازما على قدر الحصص اه :

قلت : وبقي ايضا أن ما يؤخذ من أصحاب الوصايا هل يرجعون به فى ثلث التركة تكميلا لوصاياهم بناء على أن ما أخذه المقر له دين ثبت شائعا فى التركة بعد إقرار الفريقين كما مر عن العيني ، وقد بقي من الثلث مايكمل وصاياهم ، بخلاف المسألة السابقة لأن الوصايا قد استغرقت الثلث فيها أم لا يرجعون به لأن ماياخذه المقر له وصية فى حقهم كما صرح به الاتقانى فى المسألة السابقة لم أر فتأمل (قوله وبقي أيضا هل يلزمهم) الأولى أن يقول كيف يلزمهم وهو استشكال لإلزام الورثة بتصديقه بعد عزلهم الثلث للوصايا ، وقوله يراجع ابن الكمال به إنما قال به أى بسبب ماتوقف فيه الشارح ، لأن ماذكره ابن الكمال على المسألة السابقة ، لكن يفهم منه جواب ماتوقف فيه الشارح كما قررناه فافهم ، وعبارة ابن الكمال قيل هذا مشكل من حيث أن الورثة كانوا يصدقونه إلى الثلث ولا يلزمهم أن يصدقوه فى أكثر من الثلث وهنا ألزمهم أن يصدقوه فى أكثر من الثلث ، لأن أصحاب الوصايا أخذوا الثلث على تقدير أن تكون الوصايا تستغرق الثلث كله ولم يبق فى أيديهم من الثلث شيء ، فوجب أن لايلزمهم تصديقه اه :

وقوله : من حيث أن الورثة كانوا الخ أى فى مسألة ما إذا لم يوص بوصايا مع الإقرار ، وقوله : وهنا أى فيما إذا أوصى بوصايا مع ذلك وأصل الإشكال للإمام الزيلعي :

وأجاب عنه العلامة المقدسي : بأنه لما كان المقر به له شبهان شبه الوصية لخروجها مخرجها وشبه الدين لتسميته إياه دينا فهو دين فى الصورة ووصية فى المعنى فروعى شبه الوصية حين لا وصية ، وروعى شبه الدين حين وجود الوصية ، لأن التنصيص عليه معها دليل المغايرة فصدق فيما زاد على الثلث مع مراعاة جانب الورثة ، والموصى له حيث علق بمشيئتهم تعويلا على علمهم فى ذلك ، واجتهادهم فى تخليص ذمة مورثهم اه وأجاب العلامة قاضى زادة بجواب رده الشرنبلالي ، وأجاب عن الإشكال بجواب آخر قريب من جواب المقدسي فراجعهما من

للوارث والقاتل) لأنهما من أهل الوصية على ما مر ، ولذا تصح بإجازة الوارث (بخلاف ما إذا أقر بعين أو دين لوارثه ولأجنبي) حيث (لايصح في حق الأجنبي أيضا) لأنه إقرار بعقد سابق بينهما ، فإذا لغا بعضه لغا باقيه ضرورة قيل هذا إذا تصادقا فإن أنكر أحدهما شركة الآخر صح إقراره في حصة الأجنبي عند محمد وعندهما تبطل في الكل لما قلنا زيلعي :

(ولو) أوصى (بثياب متفاوتة) جيد ووسط ورديء (لثلاثة) أنفس لكل منهم بثوب (فضاع) منها (ثوب ولم يدر) أي هو (والوارث يقول لكل منهم هلك حقك بطلت) الوصية لجهالة المستحق كوصية لأحد هذين الرجلين (إلا أن يتسامحوا ويسلموا مابقي منها) فتعود صحيحة لزوال المانع وهو الجحود(١) فتقسم (لذى الجيد ثلثاه ولذى الرديء ثلثاه ولذى الوسط ثلث كل واحد منهما) لأن التسوية بقدر الإمكان ولو أوصى أحد الشريكين (ببيت معين من دار مشتركة وقسم ووقع في حظه فهو للموصى له وإلا) يقع في حظه (فله مثل ذرعه) صرح صدر الشريعة وغيره بوجوب القسمة فلو قال قسم فإن وقع الخ لكان أولى :

حاشية ح (قوله على مامر) أي من الأصل السابق (قوله لأنه إقرار بعقد سابق بينهما الخ) لم أر من علل بذلك ، وفيه نظر لأن الإقرار لايقتضي سبق عقد بين المقر والمقر له ، وإنما يقتضي سبق الملك للمقر له ، وإنما العلة مافي شرح الجامع الصغير لقاضيخان ، حيث قال : والفرق أي بين الإقرار والوصية أن الإقرار إخبار ، فلو صح إقراره للأجنبي ثبت المخبر به ، وهو الدين المشترك ، لأنه أقر بدين مشترك فثبت كذلك فما من شيء يأخذه الأجنبي إلا وللوارث حق المشاركة فيه ، فيصير إقرارا للوارث ، أما الوصية فتمليك مبتدأ لهما فبطلان التمليك لأحدهما لايبطل التمليك للآخر اه ونحوه في الهداية والزيلعي (قوله لثلاثة أنفس الخ) بأن قال لزيد الجيد ، ولعمرو الوسط ، ولبكر الرديء اتقاني (قوله فضاع منها ثوب) أي بعدموت الموصي ط عن الشلبي (قوله والوارث يقول لكل منهم هلك حقك) أي يحتمل أن الهالك هو حقك ففي التعبير مسامحة وإلا فهلاك حق كل إنما يتصور فيما لو ضاعت الثلاثة وإلا فهو كذب ، والأولى في التعبير ما في شروح الجامع الصغير من أن المراد بجحود الوارث أن يقول : حق واحد منكم بطل ، ولا أدرى من بطل حقه ومن بقي فلا نسلم إليكم شيئا أفاده الطوري (قوله كوصية الخ) البطلان فيها قول الإمام كما يأتي قبيل وصايا الذمي (قوله ويسلموا) أي الورثة وهو من عطف المسبب على السبب ط (قوله لزوال المانع) أي المانع من التسليم لا الصحة لأن المانع منها الجهالة وهي باقية تأمل (قوله وهو الجحود) أي جحود الورثة بقاءحق كل (قوله فتقسم لذى الجيد الخ) أي الجيد في نفس الأمر ، وقوله ثلثاه أي ثلثا الجيد من الثوبين الباقيين ، ففيه شبه استخدام وكذا فيما بعده أفاده ط :

ووجه هذه القسمة أن ذا الوسط حقه في الجيد من الباقين إن كان الهالك أرفع منهما وإن كان أردأ منهما فحقه في الرديء منهما فتعلق حقه مرة بهذا ومرة بالآخر ؛ وإن كان الهالك هو الوسط فلا حق له فيهما ، فقد تعلق حقه بكل واحد من الباقين في حال ، ولم يتعلق في حالين فيأخذ ثلث كل منهما وذو الجيد يدعي الجيد منهما لا الرديء إذ لاحق له فيه قطعا وذو الرديء يدعي الرديء لا الجيد فيسلم ثلثا الجيد لذى الجيد وثلثا الرديء لذى الرديء اه من شرح الجامع الخاني (قوله وقسم) أي بين الحي وورثة الميت قاضيخان والأصوب أن يقول ، وقسمت كما عبر ابن الكمال وغيره لأن الضمير للدار (قوله ووقع) أي البيت في حظه أي حظ الميت (قوله فهو للموصى له) أي عندهما وعند محمد نصفه للموصى له ، وإن وقع في نصيب الآخر فله مثل ذرع نصف البيت ودليل كل مع بيان كيفية القسمة بسطه الزيلعي وحققه الاتقاني وسعدي (قوله لكان أولى) لأن الإخبار في كلام

---

(١) (قول الشارح وهو الجحود) كان الأولى وهو الجهالة فإنها المانع من التسليم كما في الزيلعي حيث قال ما معناه فحينئذ تصح الوصية لأنها كانت صحيحة في الأصل، وإنما بطلت لمانع طارئ يمنع من التسليم ، وهو الجهالة وبالتسليم عادت إلى الصحة لزوال هذا المانع تأمل اه .

(والإقرار ببيت معين من دار مشتركة مثلها) أى مثل الوصية فى الحكم المذكور (وبألف عين) أى معين بأن كانت وديعة عند الموصى (من مال آخر فأجاز رب المال الوصية بعد موت الموصى ودفعه) إليه (صح وله المنع بعد الإجازة) لأن إجازته تبرع فله أن يمتنع من التسليم وأما بعد الدفع فلا رجوع له شرح تكملة (بخلاف ما إذا أوصى بالزيادة على الثلث أو لقاتله أو لوارثه فأجازتها الورثة) حيث لايكون لهم المنع بعد الإجازة بل يجبروا على التسليم لما تقرر أن المجاز له يتملكه من قبل الموصى عندنا ، وعند الشافعى من قبل المجيز .

(ولو أقر أحد الابنين بعدالقسمة بوصية أبيه) بالثلث (صح) إقراره (فىثلثنصيبه) لانصفه استحسانا لأنه أقر له بثلث شائع فى كل التركة وهى معهما فيكون مقرا بثلث مامعه وبثلث مامع أخيه بخلاف ما لو أقر أحدهما بدين على أبيهما حيث يلزمه كله لتقدم الدين على الميراث (وبأمة فولدت بعد موت الموصى ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له وإلا) يخرجا (أخذ الثلث منها ثم منه) لأن التبع لايزاحم الأصل وقالا : يأخذ منهما على السواء

الفقهاء للوجوب (قوله والإقرار) لو قال كالإقرار وحذف قوله مثلها كما عبر فى الدرر والإصلاح لكان أولى لأن الأصح كما فى الشرنبلالية عن الكافى أن هذه المسألة وفاقية ، فناسب أن تشبه بها الخلافية كما هو العادة لا بالعكس (قوله وبألف عين) بأن قال أوصيت بهذا الألف لفلان ، والتقييد بكونه وديعة لم أره لغيره وقوله من مال آخر : أى رجل آخر صفة ألف ، ومفهومه أنه إذا لم يعين الألف بأن قال : أوصيت بألف من مال زيد لم تصح أصلا وإن أجاز زيد ودفع وليحرر نقلا (قوله ودفعه إليه) أى دفع الألف إلى الموصى له ، لأن إجازته تبرع أى بمنزلة الهبة والهبة لاتتم بدون تسليم فإن دفع تمت الهبة وإلا فلا شرح الجامع وغيره (قوله فلا رجوع له) لعله لكونه ليس هبة من كل وجه كما أفاده مانقلناه آنفا ، لأن عقد الوصية صحيح موقوف على الإجازة إذ لو كان باطلا لم ينفذ بها ويدل عليه مافى الولوالجية أوصى له بعبد فلان ثم ملكه تبقى الوصية اه لكن ذكر الزيلعى أنها لاتبقى تأمل (قوله بل يجبزوا) صوابه يجبرون (قوله لما تقرر الخ) بيان للفرق :

وحاصله : أن الوصية هنا فى مخرجها صحيحة لمصادفتها ملك نفسه ، والتوقف كان لحق الورثة فإذا أجازوا سقط حقهم فنفذ من جهة الموصى درر (قوله يتملكه من قبل الموصى عندنا) فيجبر الوارث على التسليم ولو أعتق عبدا فى مرضه ولا مال له غيره ، وأجازت الورثة العتق فالولاء كله للميت ولو كان الوارث متزوجا بجارية المورث ، ولا مال له غيرها فأوصى بها لغيره فأجاز الوارث وهو الزوج الوصية لايبطل نكاحه وتمامه فى الزيلعى أول الوصايا (قوله ولو أقر أحد الإبنين) وكذا الحكم لو أقر أحد البنين الثلاثة أو الأربعة يصح فى ثلث نصيبه كما فى المجمع (قوله بعد القسمة) مفهومه أن الإقرار قبلها(١) لايصح تأمل (قوله صح إقراره الخ) هذا إذا لم تقم بينة على الوصية بثلث لرجل آخر ، فلو قامت فلا شىء لهذا على المقر وبطل الإقرار كما نقله الطورى عن المبسوط (قوله استحسانا) والقياس أن يعطيه نصف مافى يده وهو قول زفر وتمامه فى الزيلعى (قوله حيث يلزمه كله) يعنى أن وفى ماورثه به ولو شهد فى هذا المقر مع آخر أن الدين كان على الميت قبلت كما تقدم فى كتاب الإقرار ، قبيل باب الاستثناء (قوله لتقدم الدين على الميراث) فيكون مقرا بتقدمه عليه ، ولا كذلك الوصية ، لأن الموصى له شريك الورثة فلا يأخذ شيئا إلا إذا سلم للوارث ضعفه زيلعى (قوله وبأمة) أى ولو أوصى بأمة (قوله فهما للموصى له) لأن الأم دخلت أصالة والولد تبعا حين كان متصلا بها زيلعى (قوله وقالا يأخذ منهما على السواء) فإذا كان له ستمائة درهم وأمة تساوى ثلثمائة ، فولدت ولدا يساوى ثلثمائة قبل القسمة فللموصى له

---

(١) (قوله أن الإقرار قبلها الخ) استظهر العلامة ط صحة الإقرار قبل القسمة أيضا وهو وجيه اه .

هذا إذا ولدت قبل القسمة ، وقبول الموصى له فلو بعدهما فهو للموصى له لأنه نماء ملكه ، وكذا لو بعد القبول وقبل القسمة على ماذكره القدورى ولو قبل موت الموصى فللورثة والكسب كالولد فيما ذكر .

باب العتق فى المرض

(يعتبر حال العقد فى تصرف منجز) هو الذى أوجب حكمه فى الحال (فإن كان فى الصحة فمن كل ماله وإلا فمن ثلثه) والمراد التصرف الذى هو إنشاء ويكون فيه معنى التبرع حتى أن الإقرار بالدين فى المرض ينفذ من كل المال والنكاح فيه ينفذ بقدر مهر المثل من كل المال (والمضاف إلى موته) وهو ما أوجب حكمه بعد موته كأنت حر بعد موتى أو هذا لزيد بعد موتى (من الثلث وإن كان فى الصحة) ومرض صح منه كالصحة ، والمقعد والمفلوج والمسلول إذا تطاول ولم يقعده فى الفراش كالصحيح مجتبى . ثم رمز حد التطاول سنة وفى المرض المعتبر المبيح لصلاته قاعدا (إعتاقه ومحاباته

الأم وثلث الولد عنده وعندهما له ثلثا كل واحد منهما ابن كمال (قوله هذا) أى دخول الحمل فى الوصية تبعا معراج (قوله على ما ذكره القدورى) ومشايخنا قالوا يصير موصى به حتى يعتبر خروجه من الثلث كما إذا ولدته قبل القبول زيلعى (قوله والكسب كالولد فيما ذكر) قال فى الهندية والزيادة الحادثة من الموصى به كالغلة والكسب والأرش بعد موت الموصى ، قبل قبول الموصى له الوصية ، هل يصير موصى به لم يذكره محمد وذكر القدورى أنه لايصير موصى بها حتى كانت للموصى له من جميع المال كما لو حدثت بعد القسمة وقال مشايخنا يصير موصى به حتى يعتبر خروجه من الثلث كذا فى محيط السرخسى اه ط والله تعالى أعلم .

باب العتق فى المرض

هو من أنواع الوصية لكن لما كان له أحكام مخصوصة أفرده فى باب على حدة ، وأخره عن صريح الوصية لأن الصريح هو الأصل عناية (قوله منجز) احتراز عن المضاف الآتى بيانه فالعبرة فيه لحال الإضافة (قوله فى الحال) أى حال صدوره ط (قوله وإلا فمن ثلثه) استثنى فى الأشباه التبرع بالمنافع ، كسكنى الدار قال فإنه نافذ من كل المال وتمامه فيها وفى حواشيها (قوله والمراد) أى من التصرف المذكور (قوله حتى أن الإقرار الخ) أى لغير الوارث وهو محترز قوله إنشاء فإن الإقرار إخبار (قوله والنكاح الخ) محترز قوله فيه معنى التبرع ، فإن النكاح بقدر مهر المثل لاتبرع فيه لأن البضع متقوم حال الدخول وقيمته مهر المثل ، فإن قوبل به كان معاوضة لاتبرعا والزائد عليه محاباة وهى من قبيل الوصية لأنها إنشاء فيه معنى التبرع وكذا بدل الخلع ، لأن البضع حال الخروج غير متقوم ، فما جعل فى مقابلته تبرع قليلا كان أو كثيرا رحمتى (قوله وإن كان فى الصحة) أن وصلية لأن التصرف المضاف إلى الموت المعتبر فيه حالة الموت كما فى الدرر (قوله ومرض صح منه كالصحة) كذا ذكرت هذه المسألة فى هذا المحل فى عامة المعتبرات كالملتقى والإصلاح وغيرهما ، والأولى ذكرها قبل قوله والمضاف لأنه لافرق فيه بين الصحة والمرض تأمل . قال القهستانى : فلو أوصى بشىء صارت باطلة لأنه ظهر بالصحة أنه لايتعلق بماله حق أحد ، وهذا إذا قيد بالمرض بأن قال إن مت من مرضى هذا . وأما إذا أطلق ثم صح فباقية ، وإن عاش بعد ذلك سنين كما فى التتمة اه (قوله وفى المرض المعتبر) بجر المعتبر صفة للمرض : أى المعتبر لنفوذ التصرف الإنشائى من الثلث ، وهو متعلق بمحذوف تقديره والحد فى المرض المعتبر هو المبيح لصلاته قاعدا ، وقد قدم الكلام على هذا أول كتاب الوصايا بأبسط مما هنا ط (قوله ومحاباته) أى فى الإجارة

وهبته ووقفه وضمانه) كل ذلك حكمه (ك) حكم (وصية فيعتبر من الثلث) كما قدمنا فى الوقف أن وقف المريض المديون بمحيط باطل ، فليحفظ وليحرر (ويزاحم أصحاب الوصايا فى الضرب ولم يسع العبد

والاستئجار والمهر والشراء والبيع ، بأن باع مريض مثلا من أجنبي ما يساوى مائة بخمسين كما فىالنتف قهستانى أى أو يشترى مايساوى خمسين بمائة ، فالزائد على قيمة المثل فى الشراء والناقص فى البيع محاباة : أى مسامحة ، من حبوته حباء ككتاب : أعطيته الشيء من غير عوض اه ط عن المصباح ، وقيد المحاباة فى البزازية وغيرها بما لايتغابن فيه ؛

قلت : وفى آخر إجارات الوهبانية :

وإيجار ذى ضعف من الكل جائز ولو ن أجر المثل من ذاك أكثر

قال الشرنبلالى فى شرحه : صورتها مريض آجر داره بأقل من أجرة المثل قالوا جازت الإجارة من جميع ماله ولا تعتبر من الثلث ، لأنه لو أعارها وهو مريض جازت فالإجارة بأقل من أجر المثل أولى : قال الطرسوسى : وهذه المسألة خالفت القاعدة ، فإن الأصل أن المنافع تجرى مجرى الأعيان ، وفى البيع يعتبر من الثلث اعتبارا للفرع بالأصل : والفرق أن البيع عقد لازم يتعلق بعين المال ، وقد تعلق به حق الورثة والغرماء ، والإجارة تتعلق بالنفقة وتنفسخ بالموت فلا يتصور التعلق بعده اه فتنبه ولعلهما روايتان كما سيذكره الشارح فى الفروع آخر الوصايا (قوله وهبته) أى إذا اتصل بها القبض قبل موته ، أما إذا مات ولم يقبض فتبطل الوصية لأن هبة المريض هبة حقيقية وإن كانت وصية حكما كما صرح به قاضيخان وغيره اه ط عن المكى (قوله وضمانه) هو أعم من الكفالة ، فإن منه مالا يكون كفالة بأن قال أجنبى خالع امرأتك على ألف على أنى ضامن أو قال بع عبدك هذا على أنى ضامن لكن بخمسمائة من الثمن سوى الألف فإن بدل الخلع يكون على الأجنبى لا على المرأة والخمسمائة على الضامن دون المشترى(١) عناية :

[تنبيه] قال فى البزازية : وكفالته على ثلاثة أوجه : فى وجه كدين الصحة بأن كفل فى الصحة معلقا بسبب ووجد السبب فى المرض بأن قال ما ذاب لك على فلان فعلىّ : وفى وجه كدين المرض بأن أخبر فى المرض بأنى كفلت فلانا فى الصحة لايصدق فى حق غرماء الصحة والمكفول له مع غرماء المرض ، وفى الأول مع غرماء الصحة : وفى وجه كسائر الوصايا بأن أنشأ الكفالة فى مرض الموت اه (قوله حكمه كحكم وصية) أى من حيث الاعتبار من الثلث لاحقيقة الوصية لأن الوصية إيجاب بعد الموت ، وهذه التصرفات منجزة فى الحال زيلعى (قوله وليحرر) تحريره أنه لاينافى ماهنا لأن المستغرق بالدين لاثلث له رحمتى (قوله ويزاحم أصحاب الوصايا فى الضرب) أى العبد المعتق والمحابى : والموهوب له والمضمون له يضرب فى الثلث مع أصحاب الوصايا ، فإن وفى الثلث بالجميع وإلا تحاصصوا فيه ، ويعتبر فى القسمة قدر ما لكل من الثلث هذا ماظهر لى اه وط

أقول : وقال العلامة الإتقانى : والمراد من ضربهم بالثلث مع أصحاب الوصايا أنهم يستحقون الثلث لاغير ، وليس المراد أنهم يساوون أصحاب الوصايا فى الثلث ويحاصصونهم لأن العتق المنفذ فى المرض مقدم على الوصية بالمال فى الثلث ، بخلاف ما إذا أوصى بعتق عبده بعد موته أو قال هو حر بعد موتى بيوم أو شهر فإنه كسائر الوصايا اه ملخصا ؛

---

(١) (قوله دون المشترى) وجهه أن هذا من باب الزيادة فى الثمن ، وهى من الأجنبى جائزة ، بخلاف ماإذا لم يقل من الثمن حيث لايلزمه شيء كما فى متفرقات بيوع الكنز .

إن أجيز) عتقه لأن المنع لحقهم فيسقط بالإجازة (فإن حابى فحرر) وضاق الثلث عنهما (فهي) أي المحاباة (أحق وبعكسه) بأن حرر فحابى (استويا) وقالا : عتقه أولى فيهما (ووصيته بأن يعتق عنه بهذه المائة عبد لاتنفذ) الوصية (بما بقي إن هلك درهم) لأن القربة تتفاوت بتفاوت قيمة العبد (بخلاف الحج) وقالا : هما سواء .

(وتبطل الوصية بعتق عبده) بأن أوصى بأن يعتق الورثة عبده بعد موته (إن جنى بعد موته فدفع) بالجناية كما لو بيع بعد موته بالدين (وإن فدى) الورثة العبد (لا) تبطل وكان الفداء في أموالهم بالتزامهم (و) لو أوصى (بثلثه) أي ثلث ماله (لبكر وترك عبدا) فأقر كل من الوارث وبكر أن الميت أعتق هذا العبد (فادعى بكر عتقه في الصحة) لينفذ من كل المال (و) ادعى (الوارث) عتقه (في المرض) لينفذ من الثلث ويقدم على بكر (فالقول للوارث مع اليمين) لأنه ينكر استحقاق بكر (ولا شيء لزيد) كذا في نسخ المتن والشرح .

قلت : صوابه لبكر لأنه المذكور أولا غاية الأمر أن القوم مثلوا بزيد فغيره المصنف أولا ونسيه ثانيا والله أعلم

قلت : وكالعتق المنفذ المحاباة المنجزة كما مر عند قول المصنف وإذا اجتمع الوصايا ويأتي قريبا (قوله إن أجيز عتقه) أي إذا ضاق الثلث ولو كانت الإجازة قبل موت الموصى كما قدمناه أول الوصايا عن البزازية (قوله لأن المنع) أي من تنفيذه من كل المال والأولى لأن السعي تأمل (قوله فإن حابى فحرر الخ) صورة الأولى : باع عبدا قيمته مائتان بمائة ثم أعتق عبدا قيمته مائة ولا مال له سواهما يصرف الثلث إلى المحاباة ويسعى المعتق في كل قيمته : وصورة العكس : أعتق الذي قيمته مائة ثم باع الذي قيمته مائتان بمائة يقسم الثلث وهو المائة بينهما نصفين ، فالمعتق يعتق نصفه مجانا ويسعى في نصف قيمته ، وصاحب المحاباة يأخذ العبد الآخر بمائة وخمسين ابن كمال .

والأصل في هذا أن الوصايا إذا لم يكن فيها ماجاوز الثلث فكل واحد من أصحابها يضرب بجميع وصيته في الثلث لايقدم البعض على البعض ، إلا العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بالموت كالتدبير الصحيح سواء كان مطلقا أو مقيدا ، والمحاباة في المرض وتمامه في الزيلعي (قوله وقالا عتقه أولى فيهما) أي في المسألتين لأنه لايلحقه الفسخ : وله أن المحاباة أقوى لأنها في ضمن عقد المعاوضة ، لكن إن وجد العتق أولا وهو لايحتمل الدفع يزاحم المحاباة ابن كمال . وقول الزيلعي والمصنف في المنح : وقالا : هما سواء في المسألتين سبق قلم ، والصواب ماهنا كما نبه عليه الشلبي (قوله بهذه المائة) أي المعينة ، وإنما قيد بذلك حتى يتصور هلاك بعضها . فلو قال بمائة وزادت على الثلث تبطل أيضا كما مر متنا (قوله لأن القربة تتفاوت الخ) لايظهر بهذا التعليل الفرق بين العتق والحج ، فالمناسب قول الزيلعي : وله أنه وصية بالعتق بعبد يشترى بمائة من ماله ، وتنفيذها فيمن يشترى بأقل منه تنفيذ في غير الموصى به وذلك لايجوز ، بخلاف الوصية بالحج لأنها قربة محضة هي حق الله تعالى والمستحق لم يستبدل ، وصار كما إذا أوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع إليه الباقي اهـ (قوله وإن فدى لا) فإن لم يوجد الدفع والفداء وأعتقه الوصي ، فإن عالما بالجناية لزمه تمام الأرش وإلا فالقيمة ، ولا يرجع لأن الوصية بعتق عبد غير جان فقد خالف سائحاني (قوله ولو أوصى بثلثه الخ) معناه ترك عبدا ومالا ووارثا والعبد مقدار ثلث ماله وبه صرح قاضيخان معراج (قوله لينفذ من كل المال) فكأنه يقول لم يقع العتق وصية ووصيتي بثلث ماله صحيحة فيما وراء العبد (قوله ويقدم على بكر) لأنه إذا وقع في المرض وقع وصية وقيمة العبد ثلث المال فلم يكن للموصى له بالثلث شيء ، لأن الوصية بالعتق مقدمة بالاتفاق معراج (قوله ولا شيء لزيد) لما علمته من تقديم

(إلا أن يفضل من ثلثه شيء) من قيمة العبد (أو تقوم حجة على دعواه فإن الموصى له خصم) لأنه يثبت حقه وكذا العبد .

(ولو ادعى رجل دينا على الميت و) ادعى (العبد عتقا فى الصحة ولا مال له غيره فصدقهما الوارث يسعى فى قيمته وتدفع إلى الغريم) وقالا : يعتق ولا يسعى فى شيء ، وعلى هذا الخلاف لو ترك ابنا وألف درهم فادعاها رجل دينا وآخر وديعة وصدقهما الابن فالألف بينهما نصفان عنده . وقالا : الوديعة أقوى .

قلت : وعكس فى الهداية فقال : عنده الوديعة أقوى ، وعندهما سواء ، والأصح ماذكرنا كما فى الكافى وتمامه فى الشرنبلالية فليحفظ .

باب الوصية للأقارب وغيرهم

(جاره من لصق به) وقالا : من يسكن فى محلته ويجمعهم مسجد المحلة وهو استحسان . وقال الشافعى :

العتق . وأما قول المصنف فيما مر ويزاحم أصحاب الوصايا فقد علمت المراد منه فافهم (قوله إلا أن يفضل الخ) أى إلا أن يكون ثلث المال زائدا على قيمة العبد فتنفذ الوصية لزيد فيما زاد على القيمة منح (قوله من قيمة العبد) كذا عبر الزيلعى . وعبارة الدرر : على قيمة العبد وهى أولى وإن أمكن جعل من بمعنى على كما قال الأخفش والكوفيون فى قوله تعالى — ونصرناه من القوم — أفاده ط عن المكى (قوله فإن الموصى له خصم الخ) جواب عن إشكال ، وهو أن الدعوى فى العتق شرط لإقامة البينة عنده ، وكيف تصح إقامتها من غير خصم ؟ فقال : هو خصم فى إثبات حقه لأنه مضطر إلى إقامتها على حرية العبد ليفرغ الثلث عن الاشتغال بحق الغير معراج (قوله وكذا العبد) أى خصم أيضا لأن العتق حقه .

أقول : والمراد أنه خصم فى غير هذه الصورة ، لأن الوارث مقر بعتقه هنا أو فيما إذا زادت قيمته على الثلث فهو خصم فى إثبات عتقه فى الصحة تأمل (قوله وقالا يعتق ولا يسعى الخ) لأن الدين والعتق فى الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث فى كلام واحد فكأنهما واقعا معا والعتق فى الصحة لايوجب السعاية ، وإن كان على المعتق دين . وله أن الإقرار بالدين أولى من الإقرار بالعتق ولهذا يعتبر إقراره فى المرض بالدين من جميع المال وبالعتق من الثلث والأقوى يدفع الأدنى إلا أنه بعد وقوعه لايحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بإيجاب السعاية عليه ابن كمال (قوله وعلى هذا الخلاف) كذا عبر فى الهداية ، والتعبير به ظاهر على ماقرره صاحب الهداية من ذكر الخلاف الآتى والشارح لم يتابعه بل مشى على عكسه ، فالخلاف هنا حينئذ عكس الخلاف فى المسألة الأولى فكان عليه ذكر المسألة مبتدأة بدون ذلك فافهم (قوله نصفان) لأن الوديعة لم تظهر إلا مع الدين فيستويان زيلعى (قوله وقالا الوديعة أقوى) لأنها تثبت فى عين الألف والدين يثبت فى الذمة أولا ثم ينتقل إلى العين فكانت الوديعة أسبق وصاحبها أحق زيلعى (قوله والأصح ماذكرنا) وهو المذكور فى عامة الكتب عناية .

باب الوصية للأقارب وغيرهم

أى من الأهل والأصهار والأختان ونحو ذلك ، وإنما أخر هذا الباب لأنه فى أحكام الوصية المخصوصين وفيما تقدمه ذكر أحكامها على وجه العموم والخصوص يتلو العموم أبدا منح (قوله جاره من لصق به) لما كان لكل من الأقارب والجيران خصوصية تستدعى الاهتمام نبه على أهمية كل منهما من وجه حيث قدم الأقارب فى الترجمة والجيران هنا سعدية (قوله وهو استحسان) والصحيح قول الإمام كما أفاده فى الدر المنتقى وصرح به

الجار إلى أربعين دارا من كل جانب .

(وصهره كل ذى رحم محرم من عرسه) كآبائها وأعمامها وأخوالها وأخواتها وغيرهم (بشرط موته وهى منكوحته أو معتدته من رجعى) فلو من بائن لايستحقها وإن ورثت منه . قال الحلوانى : هـذا فى عرفهم ، أما فى زماننا فيختص بأبويها عناية وغيرها ، وأقره القهستانى .

قلت : لـكن جزم فى البرهان وغيره بالأول وأقره فى الشرنبلالية . ثم نقل عن العينى أن قول الهداية وغيرها أنه صلى الله عليه وسلم لما تزوج صفية بنت الحارث صوابه جويرية قلت : فلتحفظ هذه الفائدة .

(وختنه زوج كل ذى) كذا النسخ قلت الموافق لعامة الـكتب ذات (رحم محرم منه كأزواج بناته وعماته

العلامة قاسم وهو القياس كما فى الهداية فهو مما رجح فيه القياس على الاستحسان .

[تنبيه] يستوى فى الجار ساكن ومالك وذكر وأنثى ومسلم وذمى وصغير وكبير ، ويدخل فيه العبد عنده . وقالا تلك وصية لمولاه وهو غير جار ، بخلاف المكاتب ولا تدخل من لها بعل لتبعيتها فلم تكن جارا حقيقة مقدسى ، وقوله ومالك : يعنى إذا كان ساكنا أبو السعود (قوله وصهره كل ذى رحم محرم من عرسه) لما روى « أنه عليه الصلاة والسلام لما تزوج صفية أعتق كل من ملك من ذى رحم محرم منها إكراما لها » وكانوا يسمون أصهار النبى صلى الله عليه وسلم ، وهذا التفسير اختيار محمد وأبى عبيد ، وكذا يدخل فيه كل ذى رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذى رحم محرم منه لأن الـكل أصهار هداية ، وقول محمد حجة فى اللغة استشهد بقوله أبو عبيد فى غريب الحديث مع أنه مؤيد بقول الخليل ، لايقال لأهل بيت المرأة إلا الأصهار ، وفى شرح الزيادات للبزدوى ، قد يطلق الصهر على الختن ، لـكن الغالب ماذكره محمد إتقانى ملخصا ، وتمامه فى الشرنبلالية (قوله وأخواتها) كذا فيما رأيت من النسخ ، وصوابه وإخوتها لأن أخوات جمع أخت (قوله وإن ورثت منه) بأن أبانها فى المرض لأن الرجعى لايقطع النكاح والبائن يقطعه زيلعى (قوله عناية) لم أجد ذلك فيها ، نعم ذكره الزيلعى كما سيأتى (قوله قلت لـكن الخ) .

أقول : الظاهر اعتبار العرف فى ذلك ، لما فى جامع الفصولين من أن مطلق الـكلام فيما بين الناس ينصرف إلى المتعارف اه حتى لو تعورف خلاف ذلك كله يعتبر كأهل دمشق يطلقون الصهر على الختن ولا يفهمون منه غيره وهى لغة كما مر . وأما مافى البرهان وغيره فهو نقل لما دونه صاحب المذهب ، فلا دلالة فيه على أن العرف هنا لايعتبر ، هذا ما ظهر لى فتدبر (قوله ثم نقل) أى فى الشرنبلالية عن العينى أى فى شرحه على الهداية عند عبارتها التى نقلناها آنفا (قوله صوابه جويرية) أخرجه أبو داود عن عائشة رضى الله عنها قالت : « وقعت جويرية بنت الحارث بن المصطلق فى سهم ثابت بن قيس بن شماس وابن عم له فـكاتبت عن نفسها » . وفى مسند أحمد والبزار وابن راهويه « أنه كانتها على تسع أواق من الذهب ، فدخلت تسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فى كتابتها ، فقالت : يا رسول الله أنا امرأة مسلمة أشهد أن لا إله إلا الله وأنك رسول الله وأنا جويرية بنت الحارث سيد قومه أصابنى من الأمر ماقد علمت فوقعت فى سهم ثابت بن قيس فـكاتبنى على مالا طاقة لى به وما أكرهنى على ذلك إلا أنى رجوتك صلى الله عليك فأعنى فى فـكاكى ، فقال : أو خير من ذلك ؟ فقالت ماهو؟ قال : أؤدى عنك كتابتك وأتزوجك . قالت نعم يارسول الله : قال : قد فعلت ، فأدى رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان عليها من كتابتها وتزوجها فخرج الخبر إلى الناس ، فقالوا : أصهار رسول الله صلى الله عليه وسلم يسترقون فأعتقوا ما كان بأيديهم من سبى بنى المصطلق مائة أهل بيت ، قالت عائشة : فلا أعلم امرأة كانت على قومها أعظم بركة منها » .

وكذا كل ذى رحم من أزاجهن ؛ قيل هذافى عرفهم . وفى عرفنا الصهر أبو المرأة وأمها والختن زوج المحرم فقط زيلعى وغيره . زاد القهستانى وينبغى فى ديارنا أن يختص الصهر بأبى الزوجة ، والختن بزوج البنت لأنه المشهور (وأهله زوجته) وقالا : كل من فى عياله ونفقته غير مماليكه ، وقولهما استحسان شرح تكملة قال ابن الكمال وهو مؤيد بالنص ، قال تعالى — فنجيناه وأهله إلا امرأته — اه قلت وجوابه فى المطولات ؛

(وآله أهل بيته) وقبيلته التى ينسب إليها (و) حينئذ (يدخل فيه كل من ينسب إليه من قبل آبائه إلى أقصى أب له فى الإسلام) سوى الأب الأقصى لأنه مضاف(١) إليه قهستانى عن الكرمانى (الأقرب والأبعد والذكر والأنثى والمسلم والكافر والصغير والكبير فيه سواء) ويدخل فيه الغنى والفقير إن كانوا لايحصون كما فى الاختيار

قال فى الشرنبلالية : وقد علمت أن الصبى كان قد قسم وأن المعتقين للسبى هم الصحابة لا النبى صلى الله عليه وسلم : وفى الاستدلال به على أن الصهر كل ذى رحم محرم من امرأته تأمل لما علمت من القصة (قوله وكذا كل ذى رحم) أى محرم كما فى المنح وغيرها : قال محمد فى الإملاء : إذا قال أوصيت لأختانى بثلث مالى فأختانه زوج كل ذات رحم محرم منه وكل ذى رحم محرم من الزوج فهؤلاء أختانه ، فإن كان له أخت وبنت أخت وخالة ولكل واحدة منهن زوج ولزوج كل واحدة منهن أرحام فكلهم جميعا أختانه والثلث بينهم بالسوية الأنثى والذكر فيه سواء وأم الزوج وجدته وغير ذلك ســواء اه إتقانى والشرط هنا أيضا قيام النكاح بين محارمه وأزواجهن عند موت الموصى كما نقله الطورى (قوله وفى عرفنا الصهر أبو المرأة وأمها) مكرر مع ماسبق ط (قوله غير مماليكه) أى وغير وارثه شرنبلالية وإتقانى (قوله قلت وجوابه فى المطولات) وهو أن الاسم حقيقة للزوجة يشهد بذلك النص والعرف. قال تعالى — وسار بأهله — وقال لأهله امكثوا — ومنه قولهم تأهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف إلى الحقيقة المستعملة زيلعى يشير إلى أن ما استدلا به غير مطلق بقرينة الاستثناء وميل الشارح إلى ترجيح قول الإمام وإن كان هو القياس ولذا قال فى الدر المنتقى ولكن المتون على قوله وقدمه المصنف فليحفظ أيضا اه وهذا إذا كانت الزوجة كتابية مثلا أو أجازت الورثة . وفى أبى السعود عن الحموى : ينظر حكم مالو أوصت لأهلها هل يكون الزوج لاغير اه .

أقول : الظاهر لا إذ لاحقيقة ولا عرف (قوله وقبيلته) عطف تفسير لقوله أهل بيته بدليل قول الهداية لأن الآل القبيلة التى ينسب إليها (قوله من ينسب إليه) على حذف مضاف أى إلى نسبه ، بأن يشاركه فيه ويجتمع معه فى أحد آبائه ولو الأب الأعلى ، هذا ما ظهر لى ويأتى مايوضحه ، وإلا فقبيلة الموصى لاتنسب إليه نفسه إلا إذا كان أبا القبيلة ؛

ثم رأيت فى الإسعاف مانصه : أهل بيت الرجل وآله وجنسه واحد ، وهو كل من يناسبه بآبائه إلى أقصى أب له فى الإسلام وهو الذى أدرك الإسلام أسلم أو لم يسلم فكل من يناسبه إلى هذا الأب من الرجال والنساء والصبيان فهو من أهل بيته اه فقوله يناسبه أى يشاركه فى نسبه أولى من قول المصنف ينسب إليه كما لايخفى (قوله لأنه مضاف إليه) أى والوصية للمضاف لا للمضاف إليه زيلعى عن الكافى : قال ط : وفيه أنه لايظهر إلا لو قال أوصيت لآل عباس مثلا ، أما لو قال أوصيت لآلى أو لآل زيد وهو غير الأب الأقصى لايظهر ، ولو علل بأن الأب الأقصى لايقال له أهل بيته لكان أولى اه :

قلت : وعبارة الهداية أوصى لآل فلان (قوله إن كانوا لايحصون) عبارة الاختيار وإن كان لايحصون

---

(١) (قول الشارح لأنه مضاف الخ) أى منسوب إليه ، وليس المراد الإضافة الاصطلاحية حتى يرد اعتراض ط ، وحينئذ فلو قال أوصيت لآل لايدخل الأب الأعلى لأن المراد بآله من يشاركه فى الانتساب إلى الأب الأعلى اه .

ويدخل فيه أبوه وجده وابنه وزوجته كما فى شرح التكملة ، يعنى إذا كانوا لا يرثونه (ولا يدخل فيه أولاد البنات وأولاد الأخوات ولا أحد من قرابة أمه لأن الولد إنما ينسب لأبيه لا لأمه :

(وجنسه أهل بيت أبيه) لأن الإنسان يتجنس بأبيه لا بأمه (وكذا أهل بيته وأهل نسبه) كآله وجنسه فحكمه كحكمه :

(ولو أوصت المرأة لجنسها أو لأهل بيتها لا يدخل ولدها) أى ولد المرأة لأنه ينسب إلى أبيه لا إليها (إلا أن يكون أبوه) أى الولد (من قوم أبيها) فحينئذ يدخل لأنه من جنسها درر وكافى وغيرها : قلت : ومفاده أن الشرف من الأم فقط غير معتبر كما فى أواخر فتاوى ابن نجيم وبه أفتى شيخنا الرملى ، نعم له مزية فى الجملة (وإن أوصى لأقاربه أو لذى قرابته) كذا النسخ :

(قوله وزوجته) أى إذا كانت من قوم أبيه سائحانى (قوله ولا يدخل فيه أولاد البنات الخ) أى إذا لم يكن آباؤهم من قومه سائحانى (قوله يتجنس بأبيه) أى يقول أنا من جنس فلان : قال فى غاية البيان لأن الجنس عبارة عن النسب والنسب إلى الآباء اهـ ط (قوله كآله وجنسه) بيان لمرجع اسم الإشارة فى قوله وكذا يعنى أن أهل بيته وأهل نسبه مثل آله وجنسه فى أن المراد بالكل قوم أبيه دون أمه وهم قبيلته التى ينسب إليها :

قال فى الهندية : ولو أوصى لأهل بيته يدخل فيه من جمعه وإياهم أقصى أب فى الإسلام ، حتى إن الموصى لو كان علويا أو عباسيا يدخل فيه كل من ينسب إلى على أو العباس من قبل الأب لا من ينسب من قبل الأم ، وكذا لو أوصى لحسبه أو نسبه لأنه عبارة عمن ينتسب إلى الأب دون الأم : وكذلك إذا أوصى لجنس فلان فهم بنو الأب ، وكذلك اللحمة عبارة عن الجنس ، وكذلك الوصية لآل فلان بمنزلة الوصية لأهل بيت فلان اهـ ملخصا (قوله ومفاده الخ) يؤيده قول الهندية عن البدائع : فثبت أن الحسب والنسب يختص بالأب دون الأم اهـ فلا تحرم عليه الزكاة ، ولا يكون كفؤا للهاشمية ، ولا يدخل فى الوقف على الأشراف ط (قوله وبه أفتى شيخنا الرملى) حيث قال فى فتاواه فى باب ثبوت النسب ما حاصله : لا شبهة فى أن له شرفا ما ، وكذا لأولاده وأولادهم إلى آخر الدهر : أما أصل النسب فمخصوص بالآباء : وسئل أيضا عن أولاد زينب بنت فاطمة الزهراء زوجة عبد الله بن جعفر الطيار : فأجاب أنهم أشراف بلا شبهة ، إذ الشريف كل من كان من أهل البيت علويا أو جعفريا أو عباسيا لكن لهم شرف الآل الذين تحرم الصدقة عليهم لا شرف النسبة إليه صلى الله عليه وسلم : فإن العلماء ذكروا أن من خصائصه صلى الله عليه وسلم أنه ينسب إليه أولاد بناته ، فالخصوصية للطبقة العليا ، فأولاد فاطمة الأربعة الحسن والحسين وأم كلثوم وزينب ينسبون إليه صلى الله عليه وسلم ، وأولاد الحسين ينسبون إليهما فينسبون إليه صلى الله عليه وسلم ، وأولاد زينب وأم كلثوم ينسبون إلى أبيهم لا إلى أمهم ، فلا ينسبون إلى فاطمة ولا إلى أبيها صلى الله عليه وسلم لأنهم أولاد بنت بنته لا أولاد بنته ، فيجرى فيهم الأمر على قاعدة الشرع الشريف فى أن الولد يتبع أباه فى النسب لا أمه ، وإنما خرج أولاد فاطمة وحدها للخصوصية التى ورد بها الحديث ، وهى مقصورة على ذرية الحسن والحسين ، لكن مطلق الشرف الذى للآل يشملهم : وأما الشرف الأخص وهو شرف النسبة إليه صلى الله عليه وسلم فلا اهـ ملخصا . وأصله للعلامة ابن حجر المكى الشافعى :

أقول : وإنما يكون لهم شرف الآل المحرّم للصدقة إذا كان أبوهم من الآل كما مر ، والمراد بالحديث ما أخرجه أبو نعيم وغيره « كل ولد آدم فإن عصبتهم لأبيهم ما خلا ولد فاطمة فإنى أنا أبوهم وعصبتهم » (قوله وإن أوصى لأقاربه الخ) زاد فى الملتقى وأقرباءه وذوي أرحامه (قوله كذا النسخ) وكذا فى الكنز والغرر والإصلاح

قلت: صوابه لذوى (أو لأرحامه أو لأنسابه فهى للأقرب فالأقرب من كل ذى رحم محرم منه، ولا يدخل الوالدان) قيل من قال للوالد قريب فهو عاق (والولد) ولو ممنوعين بكفر أو رق كما يفيده عموم قوله (والوارث) وأما الجد وولد الولد فيدخل فى ظاهر الرواية، وقيل لا واختاره فى الاختيار

(قوله قلت صوابه لذوى) أى بالجمع كما عبر فى الملتقى، لأنه إذا أوصى لذى قرابته وله عم وخالان فالكل للعم لأنه لفظ مفرد فيحرز الواحد جميع الوصية إذ هو الأقرب زيلعى. وفى غرر الأفكار: إذا قال لقرابته أو لذى قرابته أو لذى نسبه فالمنفرد يستحق كل الوصية عند الكل اه‍ (قوله أو لأنسابه) استشكله الزيلعى بأنه جمع لنسب. وفيه: لا يدخل قرابته من جهة الأم فكيف دخلوا فيه هنا اه‍. وأجاب الشلبى بأن المراد بأنسابه حقيقة النسبة وهى ثابتة من الأم كالأب.

أقول: وفيهم أنهم اعتبروا فى أهل نسبه النسب من جهة الآباء كما مر، فما الفرق بينهما؟ (قوله فهى للأقرب فالأقرب الخ) حاصله أن الإمام اعتبر خمس شرائط: وهى كونه ذا رحم محرم، واثنين فصاعدا، ومما سوى الوالد والولد، وممن لا يرث والأقرب فالأقرب. وقالا: كل من يجمعه وأباه أقصى أب فى الإسلام. وخالفاه فى شرطين: المحرمية والقرب، فيكفى عندهما الرحم بلا محرمية، ويستوى الأقرب والأبعد. واتفقوا على اعتبار الاثنين فصاعدا لأنه اسم جمع والمثنى كالجمع، وأن لا يكون وارثا ولا والدا أو ولدا إتقانى عن المختلف ملخصا، لكن قال الزيلعى: ويستوى الحر والعبد والمسلم والكافر والصغير والكبير والذكر والأنثى على المذهبين، وإنما يكون للاثنين فصاعدا عنده اه‍ ونقل نحوه فى السعدية عن الكافى. ثم قال: وهذا مخالف لقول محمد فى الوصية لأمهات أولاده الثلاث وللفقراء والمساكين حيث اعتبر فيه الجمعية ولم يعتبر ههنا اه‍.

قلت: وعلى الأول لا مخالفة وكأنهما روايتان تأمل، ثم رأيت القولين فى الحقائق والقهستانى. هذا وقول الإمام هو الصحيح كما فى تصحيح القدورى والدر المنتقى.

[تنبيه] قال فى غرر الأفكار وشرح المجمع عن الحقائق: إذا ذكر مع هذه الألفاظ الأقرب فالأقرب لا يعتبر الجمع اتفاقا لأن الأقرب اسم فرد خرج تفسيرا للأول، ويدخل فيه المحرم وغيره ولكن يقدم الأقرب لصريح شرطه اه‍ ونقله فى الشرنبلالية والاختيار أيضا.

قلت: وهى حادثة الفتوى سنة ثلاثين ومائتين وألف فيمن أوصى لأرحامه الأقرب فالأقرب منهم فأفتيت بشموله لغير المحارم كما هو صريح هذا النقل (قوله قيل الخ) قال فى المعراج: وفى الخبر «من سمى والده قريبا عقه» وقد عطف الله تعالى الأقربين على الوالدين فى قوله تعالى — الوصية للوالدين والأقربين — ويعطف الشىء على غيره حقيقة، فعرف أن القريب فى لسان الناس من يتقرب إلى غيره بواسطة كذا فى المبسوط اه‍ أى والوالدان والولد يتقربان، بأنفسهم لا بواسطة (قوله ولو ممنوعين) بصيغة الجمع ط (قوله كما يفيده عموم قوله والوارث) أى يفيد عدم دخولهم ولو ممنوعين، لأنه لو كانت العلة فيه كونهم وارثين لما احتيج إلى التنصيص على عدم دخولهم إذ هم يخرجون بقوله والوارث لأنه يشملهم بعمومه، فلما لم يكتف بذلك ونص على إخراجهم علمنا أنه أراد أنهم لا يدخلون سواء كانوا وارثين أو ممنوعين فافهم (قوله والوارث) عللوه بقوله عليه الصلاة والسلام «لا وصية لوارث» وبهذا يتجه مابحثه بعضهم من أن هذا فيما لو أوصى لأقارب نفسه، أما لو أوصى لأقارب فلان ينبغى أن لا يخرج الوارث (قوله فيدخل) الأولى فيدخلان ط (قوله واختاره فى الاختيار) حيث اقتصر عليه، وعلله بأن القريب لغة: من يتقرب إلى غيره بواسطة غيره وتكون الجزئية بينهما منعدمة. ونقل

(ويكون للاثنين فصاعدا) يعنى أقل الجمع فى الوصية اثنان كما فى الميراث (فإن كان له) للموصى (عمان وخالان فهى لعميه) كالإرث ، وقالا أرباعا :

(ولوله عم وخالان كان له النصف ولهما النصف) وقالا أثلاثا (ولو عم واحد لاغير فله نصفها ويرد النصف) الآخر (إلى الورثة) لعدم من يستحقه (ولو عم وعمة استويا) لإستواء قرابتهما (ولو انعدم المحرم بطلت) خلافا لهما (ولولد فلان) فهى (للذكر والأنثى سواء) لأن اسم الولد يعم الكل حتى الحمل :

ولا يدخل ولد ابن مع ولد صلب ، فلو له بنات لصلبه وبنو ابن فهى للبنات عملا بالحقيقة ، فلو تعذرت صرف إلى المجاز تحرزا عن التعطيل ، ولا يدخل أولاد البنات : وعن محمد يدخلون اختيار (ولورثة فلان للذكر مثل حظ الأنثيين) لأنه اعتبر الوراثة (وشرط صحتها) أى الوصية (هنا) أى فى الوصية لورثة فلان ومافى معناها كعقب فلان (موت الموصى لورثته) أو لعقبه (قبل موت الموصى) لأن الورثة والعقب إنما يكون بعد الموت ، ثم إن كان معهم موصى له آخر قسم بينهم وبينه على عدد الرؤوس ثم ما أصاب الورثة يقسم بينهم للذكر كالأنثيين

أبو السعود عن العلامة قاسم عن البدائع أنه هو الصحيح ، ثم قال : لكن فى شرح الحموى بخطه أن الدخول هو الأصح اه :

قلت وعبارة متن المواهب وأدخل أى محمد الجد والحفدة وهو الظاهر عنهما اه والحفدة جمع حافد : ولد الولد ومثل الجد الجدة كما فى المجمع (قوله ويكون للإثنين) أى فى التعبير بالجمع ، بخلاف ما إذا قال لذى قرابته كما قدمناه أفاده ط (قوله يعنى أقل الجمع) الأوضح أن يقول لأن أقل الجمع ط (قوله فهى لعميه) لأنهما أقرب من الخالين لأن قرابتهما من جهة الأب والإنسان ينسب إلى أبيه ، ألا ترى أن الولاية للعم دون الخال فى النكاح فثبت أنهما أقرب من طريق الحكم إتقانى ، وهذا حيث كان الوارث غيرهما ، وكذا يقال فيما بعده وهو ظاهر (قوله وقالا أرباعا) لعدم اعتبارهما الأقربية كما مر (قوله ولهما النصف) لأن العم الواحد لايقع عليه اسم الجماعة فلا يستوجب الجميع ، فإذا دفع إليه النصف وبقى النصف صرف إلى الخالين لأنهما أقرب إليه بعد العم فيجعل فى النصف الباقى كأنه لم يترك إلا الخالين إتقانى (قوله لعدم من يستحقه) إذ لابد من اعتبار الجمع إتقانى . وعندهما له جميع الثلث غرر الأفكار وهو مبنى على مامر عن الزيلعى والكافى تأمل (قوله يعم الكل) لأنه اسم لجنس المولود ذكرا أو أنثى واحدا أو أكثر اختيار (قوله حتى الحمل) تقييده بما إذ ولدته لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية لتحقق وجوده عندها كما ذكروا ذلك فى الوصية للحمل ط (قوله ولا يدخل ولد ابن مع ولد صلب) هذا إذا كان فلان أبا خاصا ، فلو كان فخذا فأولاد الأولاد يدخلون تحت الوصية حال قيام ولد الصلب عناية وتمامه فى المنح (قوله لأنه اعتبر الوراثة) أى والوراثة بين الأولاد والأخوات كذلك ولأن التنصيص على الاسم المشتق يدل على أن الحكم يترتب على مأخذ الاشتقاق فكانت الوراثة هى العلة زيلعى ، وظاهره أن قوله — للذكر مثل حظ الأنثيين — ليس عاما فى جميع الورثة بل خاص بالأولاد والإخوة والأخوات ، وفى غيرهم يقسم على قدر فروضهم وهو المذكور فى الإسعاف والخصاف فى مسائل الأوقاف والوصية أخت الوقف (قوله إنما يكون بعد الموت) لأن كونهم ورثة لايتحقق إلا بعد موت المورث وكذا العقب فإنه عبارة عمن وجد من الولد بعد موت الإنسان ، فأما فى حال حياته فليسوا بعقب له منح عن السراج (قوله ثم) أى بعد وجود شرط الصحة المذكور إن كان الخ (قوله على عدد الرؤوس) أى رؤوسهم ورأس الموصى له الآخر (قوله ثم ما أصاب الورثة) قيد بالورثة لأن القسمة للذكر كالأنثيين خاصة بهم ، أما العقب فالاسم تناول جماعتهم

كما مر ، فلو مات الموصى قبل موته : أى موت الموصى لورثته أو عقبه بطلت الوصية لورثته أو عقبه . ثم إن كان معهم موصى له آخر كقوله أوصيت لفلان ولورثته وعقبه كانت الوصية كلها لفلان الموصى له دون ورثته وعقبه لأن الاسم لايتناولهم إلا بعد الموت وتمامه فى السراج وفيه عقبه ولده من الذكور والإناث ، فإن ماتوا فولد ولده كذلك ، ولا يدخل أولاد الإناث لأنهم عقب آبائهم لاله :

(وفى أيتام بنيه) أى بنى فلان واليتيم اسم لمن مات أبوه قبل الحلم . قال صلى الله عليه وسلم « لايتم بعد البلوغ » (وعميانهم وزمناهم وأراملهم) الأرمل : الذى لايقدر على شىء رجلا كان أو امرأة ويؤيده قوله (دخل) فى الوصية (فقيرهم وغنيهم وذكرهم وأنثاهم) وقسم سوية (إن أحصوا) بغير كتاب أو حساب فإنه حينئذ يكون تمليكا لهم وإلا لفقرائهم يعطى الوصى من شاء منهم شرح التكملة لتعذر التمليك حينئذ فيراد به القربة .

(وفى بنى فلان يختص بذكورهم) ولو أغنياء

فيكونون بالسوية كما قاله فى المنح (قوله كما مر) أى فى المتن قريبا من أن القسمة للورثة كذلك (قوله ثم) أى بعد الحكم ببطلان الوصية للورثة أو العقب لفقد الشرط المذكور إن كان معهم موصى له آخر وهو فى المثال الآتى الموصى لورثته أو عقبه ، ومثله لو كان أجنبيا كما مثل به فى المنح فافهم (قوله لأن الإسم لايتناولهم) فكانت وصية لمعدوم فلم يشاركوا فلانا ، كما لو أوصى له ولميت إتقانى .

[تنبيه] قد علمت مما تقرر سقوط مافى الشرنبلالية فى باب الوصية بالثلث حيث قال فيما لو أوصى لفلان وعقبه : لعله أى استحقاق فلان الكل فيما إذا لم يولد العقب لأقل من ستة أشهر وإلا فلا مانع من المشاركة اه وهو من مثل الشرنبلالى عجيب ، فإنه لو كان مولودا قبل ذلك لايدخل فتنبه (قوله كذلك) من الذكور والإناث (قوله ولا يدخل أولاد الإناث) بخلاف النسل فإنهم يدخلون فيه ويستوون فى قسمة الوقف والوصية أبو السعود عن الخصاف وغيره (قوله لايتم بعد البلوغ) رواه أبوداود بلفظ لايتم بعد احتلام » وحسنه النووى (قوله الأرمل الخ) فى المغرب : أرمل افتقر من الرمل . ثم قال : وفى التهذيب يقال للفقير الذى لايقدر على شىء من رجل وامرأة أرمل ، ولا يقال للتى لها زوج وهى موسرة أرملة :

وقال الشعبى : الأنوثة ليست بشرط بل يدخل فيه الذكر والأنثى ، إلا أن الصحيح مافسره محمد أن الأرملة المرأة البالغة التى كان لها زوج فارقها أو مات عنها دخل بها أو لم يدخل ، وقوله حجة فى اللغة كفاية . وزاد فى النهاية قيد الحاجة قال لأن حقيقة المعنى فيه نفاد زادها لسقوط نفقتها عن زوجها اه :

وفى السعدية عن المحيط : ولا يقال رجل أرمل إلا فى الشذوذ ، ومطلق الكلام يحمل على الشائع المستفيض بين الناس (قوله ويؤيده الخ) حيث قال ذكرهم وأنثاهم ، وقد تبع الشارح صاحب العناية فى ذلك ، وفيه نظر ، فإن قوله فقيرهم وغنيهم ينافيه ، ولذا قال فى السعدية : الظاهر أن كلام المصنف على التوزيع بناء على عدم الالتباس (قوله بغير كتاب أو حساب) هذا قول أبى يوسف : وقال محمد : لو أكثر من مائة فهم لايحصون . وقال بعضهم : مفوض إلى رأى القاضى وعليه الفتوى : والأيسر ماقاله محمد كفاية عن الخانية ، وماعليه الفتوى قال فى الاختيار : هو المختار والأحوط اه (قوله وإلا لفقرائهم) أى إن لم يحصوا فالوصية لفقرائهم ، لأن المقصود منها القرابة : وهى فى سد الخلة ورد الجوعة وهذه الأسامى تشعر بتحقق الحاجة فجاز حمله على الفقراء درر (قوله يختص بذكورهم) وعندهما وهو رواية عن الإمام يدخل الإناث أيضا ملتقى ، وكذا الخلاف لو لم يكن إلا أولاد البنين ، وفى دخول بنى البنات عنه روايتان ، ولو كان ابن واحد وبنو بنين فله النصف ولا شىء لهم :

(إلا إذا كان) فلان عبارة عن (اسم قبيلة أو) اسم (فخذ ، فيتناول الإناث) لأن المراد حينئذ مجرد الانتساب كما في بني آدم ، ولهذا يدخل فيه أيضا (مولى العتاقة و) مولى (الموالاة وحلفاؤهم) يعني وهم يحصون وإلا فالوصية باطلة . والأصل أن الوصية متى وقعت باسم ينبئ عن الحاجة كأيتام بني فلان تصح وإن لم يحصوا على ما مر لوقوعها لله تعالى وهو معلوم وإن كان لا ينبئ عن الحاجة ، فإن أحصوا صحت ويجعل تمليكا وإلا بطلت وتمامه في الاختيار .

(أوصى من له معتقون ومعتقون لمواليه بطلت) لأن اللفظ مشترك ، ولا عموم له عندنا ولا قرينة تدل على أحدهما ولا فرق في ذلك عند عامة أصحابنا بين النفي والإثبات ، واختار شمس الأئمة وصاحب الهداية أنه يعم إذا وقع في حيز النفي ، وحينئذ فقولهم لو حلف لا يكلم موالي فلان يعم الأعلى والأسفل لا لوقوعه في النفي بل لأن الحامل على اليمين بغضه وهو غير مختلف عناية وأقره المصنف (إلا إذا عينه) أي الأعلى والأسفل قبل موته فحينئذ تصح لزوال المانع .

(ويدخل فيه) أي في الموالي (من أعتقه في صحته ومرضه ، لا)

وعندهما لهم الباقي ويدخل جنين ولد لأقل الأقل اتقاني ملخصا (قوله إلا إذا كان الخ) الطبقات التي عليها العرب ست : وهي الشعب والقبيلة والعمارة والبطن والفخذ والفصيلة : فالشعب يجمع القبائل والقبيلة تجمع العمارة وهكذا ، وخزيمة شعب ، وكنانة قبيلة ، وقريش عمارة ، وقصي بطن ، وهاشم فخذ ، والعباس فصيلة أفاده صاحب الكشاف (قوله مولى العتاقة) أي العبد المعتق ، وقوله ومولى الموالاة : أي المولى الأسفل ، وهو من والى واحد منهم لأن مولى القوم تأمل (قوله وحلفاؤهم) بالحاء المهملة . والحليف : من يأتي قبيلة فيحلف لهم ويحلفون له للتناصر إتقاني (قوله وإن كان لا ينبئ عن الحاجة) كشبان بني فلان وكذا العلوية أو الفقهاء كما في الهندية (قوله لمواليه) متعلق بأوصى (قوله بطلت) اعلم أن المسألة تحتمل ثماني صور ، لأن الموصي إما أن يكون له موال أعلون وموال أسفلون ، أو مولى واحد فيهما . أو موال في أحدهما ومولى واحد في الآخر ، وفيهما صورتان ، وفي كل إما أن يعبر الموصي بصيغة الجمع أو الإفراد ، وصريح المصنف فيما إذا تعددت الموالي في الجهتين ، ووقع التعبير بالموالي وليحرر باقي الصور اهـ ط .

أقول : صرحوا هنا بأن الجمع للاثنين فصاعدا ، فلو وجد اثنان فلهما الكل أو واحد فله النصف .

وأقول : الظاهر أن المولى اسم جنس كالولد فيعم الواحد والأكثر ، وعند اجتماع الفريقين تبطل فقد ظهر المراد تأمل (قوله ولا فرق في ذلك) أي في عدم عموم المشترك (قوله واختار شمس الأئمة الخ) كذا اختاره المحقق ابن الهمام في التحرير (قوله في حيز النفي) كمسألة اليمين الآتية (قوله وحينئذ) أي حين إذ علمت أنه لا فرق عند أصحابنا بين النفي والإثبات في عدم العموم ط (قوله لأن الحامل على اليمين بغضه) أي بغض فلان وهو أي فلان أو بغضه غير مختلف أي لا اشتراك فيه إذ هو شيء واحد .

أقول : سلمنا أن الحامل واحد لكن الكلام في لفظ المولى وقد أريد كلا معنييه لاتحاد الحامل فلزم عمومه ، اللهم إلا أن يقال اتحاد الحامل قرينة على أنه من عموم المجاز بأن يراد به لفظ يعم المعنيين وهو من تعلق به العتق بوقوعه منه أو عليه فليتأمل (قوله لزوال المانع) وهو عدم فهم المراد (قوله ويدخل فيه من أعتقه) أي الموصي في صحته ومرضه سواء أعتقه قبل الوصية قبل موصية أو بعدها ، لأن الوصية تتعلق بالموت ، وكل منهم ثبت له الولاء عند الموت فاستحق الوصية لوجود الصفة فيه ، ويدخل أولادهم من الرجال والنساء أيضا لأنهم ينسبون إليه بالولاء بالمتعلق بالعتق فيدخلون معهم ، ولا يدخل مولى الموالاة ولا مولى المولى إلا عند عدمهم مجازا لتعذر

لايدخل فيه (مدبروه وأمهات أولاده) وعن أبي يوسف يدخلون :

(أوصى بثلث ماله إلى الفقهاء دخل فيه من يدقق النظر فى المسائل الشرعية وإن علم ثلاث مسائل مع أدلتها) كذا فى القنية . قال : حتى قيل من حفظ ألوفا من المسائل لم يدخل تحت الوصية :

(أوصى بأن يطين قبره أو يضرب عليه قبة فهى باطلة) كما فى الخانية وغيرها ، وقدمناه عن السراجية وغيرها ، لكن قدمنا فيهافى الكراهية أنه لايكره تطيين القبور فى المختار ، فينبغى أن يكون القول ببطلان الوصية بالتطيين مبنيا على القول بالكراهة لأنها حينئذ وصية بالمكروه قاله المصنف :

قلت : وكذاينبغى أن يكون القول ببطلان الوصية لمن يقرأ عندقبره بناءعلى القول بكراهة القراءة على القبور أو بعدم

الحقيقه كما فى الاختيار والملتقى (قوله ولا يدخل فيه مدبروه الخ) لأنهم مواليه بعد الموت لا عنده (قوله وعن أبي يوسف يدخلون) لوجود سبب استحقاق الولاء إتقانى (قوله من يدقق النظر) أى الفكر والتأمل بالدليل ط (قوله وإن علم ثلاث مسائل مع أدلتها) حكى عن الفقيه أبي جعفر رحمه الله أنه قال : الفقيه عندنا من بلغ من الفقه الغاية القصوى وليس المتفقه بفقيه ، وليس له من الوصية نصيب ولم يكن فى بلدنا أحد يسمى فقيها غير شيخنا أبي بكر الأعمش طورى :

وفيه : وإذا أوصى للعلوية فقد حكى عن الفقيه أبي جعفر لايجوز لأنهم لايحصون وليس فى هذا الاسم ماينبىء عن الفقر والحاجة . ولو أوصى لفقراء العلوية يجوز وعلى هذا الوصية للفقهاء اهـ :

أقول : لكن ذكر فى الإسعاف أنه يصح الوقف على الزمنى والعميان وقراء القرآن والفقهاء وأهل الحديث ، ويصرف للفقراء منهم لإشعار الأسماء بالحاجة استعمالا ، فإن العمى والاشتغال بالعلم يقطع عن الكسب فيغلب فيهم الفقر وهو أصح اهـ (قوله حتى قيل من حفظ ألوفا من المسائل) أى من غير أدلة . وفيه : أنهم قد اعتبروا العرف فى كثير من مسائل الوصية فلماذا لم يعتبروا عرف الموصى ط :

أقول : الظاهر أن ذلك عرفهم فى زمانهم ، وقدمنا عن جامع الفصولين أن مطلق الكلام فيما بين الناس ينصرف إلى المتعارف . وفى الأشباه من قاعدة : العادة محكمة ألفاظ الواقفين تبنى على عرفهم كما فى وقف فتح القدير وكذا لفظ الناذر والموصى والحالف اهـ على أنه قدم الشارح فى صدر الكتاب فى تعريف الفقه أنه عند الفقهاء حفظ الفروع وأقله ثلاث اهـ وعزاه فى البحر إلى المنتقى . ثم قال : وذكر فى التحرير أن الشائع إطلاقه على من يحفظ الفروع مطلقا يعنى سواء كانت بدلائلها أولا اهـ (قوله لكن قدمنا الخ) استدراك على التطيين فقط ، ولم يتعرض لبناء القبة فهو مكروه اتفاقا ط (قوله لأنها حينئذ وصية بالمكروه) مقتضاه أنه يشترط لصحة الوصية عدم الكراهة ، وقدم أول الوصايا أنها أربعة أقسام وأنها مكروهة لأهل فسوق ، ومقضى ماهنا بطلانها ، اللهم إلا أن يفرق بأن الوصية إما صلة أو قربة وليست هذه واحدة منهما فبطلت ، بخلاف الوصية لفاسق فإنها صلة لها مطالب من العباد فصحت وإن لم تكن قربة كالوصية لغنى ، لأنها مباحة وليست قربة كما مر ، هذا ماظهر لى وسيأتى فى أول فصل وصايا الذمى مايوضحه (قوله بناء على القول بكراهة القراءة على القبور) :

أقول : ليس كذلك لما فى الولوالجية : لو زار قبر صديق أو قريب له وقرأ عنده شيئا من القرآن فهو حسن ، أما الوصية بذلك فلا معنى لها ولامعنى أيضا لصلة القارىء لأن ذلك يشبه استئجاره على قراءة القرآن وذلك باطل ، ولم يفعله أحد من الخلفاء اهـ بحروفه ، فقد صرح بحسن القراءة على القبر وببطلان الوصية فلم يكن مبنيا على القول بالكراهة (قوله أو بعدم الخ) أى أو يكون مبنيا على القول بعدم جواز الإجارة على الطاعات ، وفى كونه مما أجيز

جواز الإجارة على الطاعات : أما على المفتى به من جوازها فينبغي جوازها مطلقا وتمامه فى حواشي الأشباه من الوقف . وحرر فى تنوير البصائر أنه يتعين المكان الذى عينه الواقف لقراء القرآن أو للتدريس ، فلو لم يباشر فيه لايستحق المشروط له لما فى شارح المنظومة : يجب اتباع شرط الواقف ، وبالمباشرة فى غير المكان الذى عينه الواقف يفوت غرضه من إحياء تلك البقعة ‌ه قال : وتحقيقه في الدرة السنية فى مسألة استحقاق الجامكية اه .

باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة

(صحت الوصية بخدمة عبده وسكنى داره مدة معلومة وأبدا) ويكون محبوسا على ملك الميت فى حق المنفعة

الاستئجار عليه تأمل ، لأن ما أجازوه إنما أجازوه فى محل الضرورة كالاستئجار لتعليم القرآن أو الفقه أو الأذان أو الإمامة خشية التعطيل لقلة رغبة الناس فى الخير ، ولا ضرورة فى استئجار شخص يقرأ على القبر أو غيره اه رحمتى .

أقول : هذا هو الصواب ، وقد أخطأ فى هذه المسألة جماعة ظنا منهم أن المفتى به عند المتأخرين جواز الاستئجار على جميع الطاعات مع أن الذى أفتى به المتأخرون إنما هو التعليم والأذان والإمامة ، وصرح المصنف فى المنح فى كتاب الإجارات وصاحب الهداية وعامة الشراح وأصحاب الفتاوى بتعليل ذلك بالضرورة وخشية الضياع كما مر ، ولو جاز على كل طاعة لجاز على الصوم والصلاة والحج مع أنه باطل بالإجماع ، وقد أوضحت ذلك فى رسالة حافلة ذكرت نبذة منها فى باب الإجارة الفاسدة ، والاستئجار على التلاوة وإن صار متعارفا فالعرف لايجيزه لأنه مخالف للنص ، وهو ما استدل به أئمتنا كصاحب الهداية وغيره من قوله عليه الصلاة والسلام « اقرؤا القرآن ولا تأكلوا به » والعرف إذا خالف النص يرد بالاتفاق فاحفظ ذلك ولا تكن ممن اشترى بآيات الله ثمنا قليلا وجعلها دكانا يتعيش منها (قوله أما على المفتى به فينبغي جوازها مطلقا) أى سواء كان القول بالبطلان مبنيا على كراهة القراءة على القبر أو على عدم جواز الاستئجار على الطاعات .

أقول : وقد علمت مخالفة هذا البحث للمنقول فهو غير مقبول ، بل البطلان مبنى على ماقدمناه عن الولوالجية وصرح به فى الاختيار وكثير من الكتب وهو أنه يشبه الاستئجار على قراءة القرآن . والذى أفتى به المتأخرون جواز الاستئجار على تعليم القرآن لا على تلاوته خلافا لمن وهم (قوله فلو لم يباشر فيه الخ) أى مع إمكان المباشرة فيه ، لما فى فتاوى الحانوتى : إذا شرط الواقف المعلوم لأحد يستحقه عند قيام المانع من العمل ولم يكن بتقصيره سواء كان ناظرا أو غيره كالجابى اه وكذا المدرس إذا درس فى مدرسة أخرى لتعذر التدريس فى مدرسته كما نقله الشارح عن النهر بحثا قبيل الفروع فى آخر كتاب الوقف ونحوه فى حاشية الحموى ، والله تعالى أعلم .

باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة

لما فرغ من أحكام الوصايا المتعلقة بالأعيان شرع فى أحكام الوصايا المتعلقة بالمنافع لأنها بعد الأعيان وجودا فأخرها عنها وضعا عناية (قوله صحت الوصية بخدمة عبده وسكنى داره) أى لمعين . قال المقدسى : ولو أوصى بغلة داره أو عبده فى المساكين جاز ، وبالسكنى والخدمة لايجوز إلا لمعلوم ؛ لأن الغلة عين مال يتصدق به والخدمة والسكنى لايتصدق بها بل تعار العين لأجلها والإعارة لاتكون إلا لمعلوم . وقيل ينبغى أن يجوز على قياس من يجيز الوقف وتمام الفرق فى البدائع اه سائحانى (قوله مدة معلومة وأبدا) وإن أطلق فعلى الأبد ، وإن أوصى

كما فى الوقف كما بسط فى الدرر (وبغلتهما ، فإن خرجت الرقبة من الثلث سلمت إليه) أى إلى الموصى له (لها) أى لأجل الوصية (وإلا) تخرج من الثلث (تقسم الدار أثلاثا) أى فى مسألة الوصية بالسكنى ، أما الوصية بالغلة فلا تقسم على الظاهر (وتهايآ العبد فيخدمهم أثلاثا) هذا إذا لم يكن له مال غير العبد والدار وإلا فخدمة العبد وقسمة الدار بقدر ثلث جميع المال كما أفاده صدر الشريعة (وليس للورثة بيع مافى أيديهم من ثلثها) على الظاهر لثبوت حقه فى سكنى كلها بظهور مال آخر أو بخراب مافى يده فحينئذ يزاحمهم فى باقيها والبيع ينافيه فمنعوا عنه ، وعن أبى يوسف لهم ذلك ؛

(وليس للموصى له بالخدمة أو السكنى أن يؤجر العبد أو الدار) لأن المنفعة ليست بمال على أصلنا ، فإذا ملكها بعوض كان مملكا أكثر مما ملكه يعنى وهو لايجوز (ولا للموصى له بالغلة استخدامه) أى العبد (أو سكناها) أى الدار (فى الأصح) ومثله الدار الموقوفة عليه ؛

بسنين فعلى ثلاث ، وكذا الوصية بغلة العبد والدار اه مسكين (قوله كما فى الوقف) فإن الموقوف عليه يستوفى منافع الوقف على حكم ملك الواقف (قوله وبغلتهما) أى العبد والدار وسيذكر الشارح معنى الغلة (قوله فإن خرجت الرقبة من الثلث) أى رقبة العبد والدار فى الوصية بالخدمة والسكنى والغلة ، وقيد بالرقبة لما فى الكفاية أنه ينظر إلى الأعيان التى أوصى فيها ، فإن كان رقابها مقدار الثلث جاز ولا تعتبر قيمة الخدمة والثمرة والغلة والسكنى لأن المقصود من الأعيان منافعها ، فإذا صارت المنافع مستحقة وبقيت العين على ملك الوارث صارت بمنزلة العين التى لامنفعة لها فلذا تعتبر قيمة الرقبة كأن الوصية وقعت بها اه ؛

أقول : ولعل هذا هو المراد من قول الأشباه : إن التبرع بالمنافع نافذ من جميع المال تأمل (قوله تقسم الدار أثلاثا) زاد فى الغرر أو مهايأة أى من حيث الزمان ، والأول أعدل لإمكان القسمة بالأجزاء للتسوية بينهما زمانا وذاتا ، وفى المهايأة تقديم أحدهما زمانا اه ؛

قال القهستانى : وهذا إذا كانت الدار تحتمل القسمة وإلا فالمهايأة لا غير كما فى الظهيرية (قوله فلا تقسم) أى الدار نفسها ، أما الغلة فتقسم ؛

قال الإتقانى : إذا أوصى بغلة عبده أو داره سنة ولامال له غيره فله ثلث غلة تلك السنة لأنها عين مال يحتمل القسمة اه . فلو قاسمهم البستان فغل أحد النصيبين فقط اشتركوا فيها البطلان القسمة سائحانى عن المبسوط (قوله على الظاهر) أى ظاهر الرواية إذ حقه فى الغلة لا فى عين الدار ، وفى رواية عن الثانى تقسم ليستغل ثلثها شرنبلالية عن الكافى (قوله وتهايآ العبد) لأنه لايمكن قسمته بالأجزاء (قوله فيخدمهم أثلاثا) أى يخدم الورثة يومين والموصى له يوما أبدا إلا إن كانت مؤقتة بسنة مثلا ، فلو السنة غير معينة فإلى مضى ثلاث سنين ، ولو معينة فإلى مضيها إن مات الموصى قبلها أو فيها ثم تسلم إلى الورثة لأن الموصى له استوفى حقه ، وإن مات الموصى بعدها بطلت الوصية منح ملخصا (قوله هذا) أى قسمة الدار ومهايأة العبد أثلاثا (قوله بقدر ثلث جميع المال) مثاله إذا كان العبد نصف التركة يخدم الموصى له يومين والورثة يوما لأن ثلثى العبد ثلث التركة فصار الموصى به ثلثى العبد وثلثه للورثة فيقسم كما ذكرناه ، وعلى هذا الاعتبار تخرج بقية مسائله اختيار (قوله لأن المنفعة ليست بمال الخ) أى وإنما صح للمالك أن يؤجر ببدل لأنه ملكها تبعا لملك العين والمستأجر إنما ملك أن يؤجر مع أنه لايملك إلا المنفعة لأنه لما ملكها بعقد معاوضة كانت مالا بخلاف ملكها بعقد تبرع كما نحن فيه سائحانى (قوله فى الأصح) كذا فى الملتقى والهداية وغيرهما معللا بأن الغلة دراهم أو دنانير وقد وجبت الوصية بها وهذا استيفاء المنافع وهما متغايران ويتفاوتان فى حق الورثة ، لأنه لو ظهر دين يمكنهم أداؤه من الغلة

وعليه الفتوى شرح الوهبانية لأن حقهم فى المنفعة لا العين ، وقد علمت الفرق بينهما :

(ولا يخرج) الموصى له (العبد) الموصى بخدمته (من الكوفة) مثلا (إلا إذا كان ذلك مكانه) وأهله فى موضع آخر (إن خرج من الثلث) وإلا فلا يخرجه (إلا بإذن الورثة) لبقاء حقهم فيه (وبموته) أى الموصى له (فى حياة الموصى بطلت) الوصية (وبعد موته يعود) العبد والدار (إلى الورثة أى ورثة الموصى

بالاسترداد منه بعد استغلالها ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها بعينها اهـ (قوله وعليه الفتوى) ذكره فى الظهيرية حيث قال فى الوصية بغلة داره لرجل تؤجر ويدفع إليه غلاتها ، فإن أراد السكنى بنفسه قال الإسكاف له ذلك : وقال أبو القاسم وأبو بكر بن سعيد ليس له ذلك ، وعليه الفتوى ، والوصية أخت الوقف ، فعلى هذا يكون الفتوى فى الوقف على هذا بل أولى لأنه لم ينقل فيه اختلاف المشايخ اهـ : قال العلامة عبد البر بن الشحنة بعد نقله : وهذا من حيث الرواية مسلم ، أما من جهة الفقه فيظهر الفرق بما ذكره المصنف يعنى ابن وهبان بأن الوصية إنما هى بالغلة والسكنى معدمة لهـــا فيفوت مقصود الموصى ، بخلاف الوقف عليه فإنه أعم من كون الانتفاع بالسكنى أو بالغلة فينبغى أن يجرى الخلاف فى الوقف من باب أولى اهـ : وحاصله النزاع مع صاحب الظهيرية فى دعواه الأولوية :

قلت : فلو صرح الواقف بأنها للاستغلال فالأولوية ظاهرة ، هذا . ولكن للعلامة الشرنبلالى رسالة حاصلها أنه لاخلاف فى أنه لايملك الاستغلال مستحق السكنى : واختلف فى عكسه والراجح الجواز فتأمل ، ونبه على ذلك فى شرحه على الوهبانية هنا وفى كتاب الوقف (قوله لأن حقهم فى المنفعة لا العين) أى حق الموصى لهم والموقوف عليهم ، والمراد بالعين الغلة فإنها عين مال كما مر ، لكن هذا التعليل يثبت خلاف المطلوب ويصلح تعليلا لعكس هذه المسألة أعنى قوله وليس للموصى له الخ . فالصواب أن يقول فى بدل المنفعة لا فيها لأن بينهما فرقا فى حق الورثة أعنى ماقدمناه عن الهداية لكنه لم يعلم من كلامه هذا الفرق اللهم إلا أن يراد بالمنفعة الاستغلال لا الخدمة والسكنى ، وبالعين ذات العبد والدار ، والإشارة بقوله وقد علمت الفرق بينهما إلى ماقدمه من أن الموصى له بالغلة ليس له قسمة الدار أى لأنه لا حق له فى عينها فليتأمل (قوله ولا يخرج الخ) :

قال فى الهداية : وليس للموصى له أن يخرج العبد من الكوفة إلا أن يكون الموصى له وأهله فى غير الكوفة فيخرجه إلى أهله ليخدمه هناك إذا كان يخرج من الثلث لأن الوصية إنما تنفذ على مايعرف من مقصود الموصى ، فإذا كانوا فى مصره فمقصوده أن يمكنه من خدمته فيه بدون أن يلزمه مشقة السفر ، وإذا كانوا فى غيره فمقصوده أن يحمل العبد إلى أهله ليخدمهم اهـ :

وفى أبى السعود عن المقدسى : فلو خرج بأهله من بلد الموصى ولم يعلم الموصى ليس له إخراج العبد (قوله إلا إذا كان ذلك مكانه الخ) الإشارة على ظاهر عبارة المتن إلى المكان الذى يريد إخراجه إليه وبه صرح فى المنح : وأما على حل الشارح فالإشارة إلى المخرج الذى هو الموصى له لا إلى الكوفة كما قال ح لعدم ملاءمته لقوله بعده وأهله فى موضع آخر : وعلى ماقلنا فاسم الإشارة اسم كان ومكانه مبتدأ وأهله معطوف عليه ، وفى موضع آخر خبر المبتدإ والجملة خبر كان وفيه تغيير إعراب المتن ويقع له ذلك كثيرا . ويجوز إرجاع الإشارة إلى الكوفه والضمير فى مكانه للعبد وفى أهله للموصى :

وعبارة المواهب : ولا يسافر به إلا لبلده (قوله وبعد موته) أى الموصى وهو عطف على قوله فى حياة الموصي أى وبموت الموصي له بعد موت الموصي يعود الخ (قوله يعود العبد والدار) أي خدمة العبد وسكنى الدار

بحكم الملك ولو أتلفه الورثة ضمنوا قيمته ليشترى بها عبد يقوم مقام الأول ولهذا يمنع المريض من التبرع بأكثر من الثلث كذا ذكره المصنف فى الرهن .

ولو أوصى بهذا العبد لفلان وبخدمته لآخر وهو يخرج من الثلث صح وتمامه فى الدرر . وفى الشرنبلالية : ونفقته إذا لم يطق الخدمة على الموصى له بالرقبة إلى أن يدرك الخدمة فيصير كالكبير ، ونفقة الكبير على من له الخدمة ، وإن أبى الإنفاق عليه رده إلى من له الرقبة كالمستعير مع المعير ، فإن جنى فالفداء على من له الخدمة ، ولو أبى فداه صاحب الرقبة أو دفعه وبطلت الوصية (وبثمرة بستانه فمات و) الحال أن فيه ثمرة له (هذه الثمرة) فقط (وإن زاد أبداله هذه الثمرة وما يستقبل كما) فى الوصية (بغلة بستانه) فإن له هذا وما يحدث ضم أبدا أولا

وغلتهما كما عبر الإتقانى لأن ذلك هو الموصى به تأمل (قوله بحكم الملك) أى ملك الموصى أو ورثته فلا يعود إلى ورثة الموصى له .

وعبارة الهداية : فإن مات الموصى له عاد إلى الورثة لأن الموصى أوجب الحق للموصى له ليستوفى المنافع على حكم ملكه ، ولو انتقل إلى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصى من غير رضاه وذلك لايجوز اهـ (قوله ولو أتلفه الورثة) أى أتلفوا العبد الموصى بخدمته (قوله ولهذا الخ) أى لأجل الغرامة عند الجناية منع مورثهم عن التبرع بأكثر من الثلث لئلا تلزمهم غرامة كل المال لو لزمت فيه الوصية وجنوا عليها ، وهذا تعليل عليل سائحانى ورحمتى (قوله صح) فإذا مات الموصى له بالخدمة يعود إلى الموصى له بالرقبة (قوله ونفقته إذا لم يطلق الخدمة الخ) أى لصغر وكذا لمرض وتمامه فى الكفاية ، لكن فى الولوالجية : إذا مرض مرضا يرجى برؤه فنفقته على صاحب الخدمة ، وإن كان لايرجى فعلى صاحب الرقبة (قوله ونفقة الكبير على من له الخدمة) لأنه إنما يتمكن من الاستخدام بالإنفاق عليه عناية (قوله فإن جنى فالفداء على من له الخدمة) وبعد موته ترجع به ورثته على من له الرقبة لأنه ظهر أنه المنتفع بها وذاك كان مضطرا إليه ، فإن أبى يباع فيه ، إذ لولا الفداء لكان مستحقا بالجناية ولوالجية وتمامه فى الأشباه من القول فى الملك (قوله وبطلت الوصية) أى فى صورتى الفداء والدفع وبيانه فى السابع من الولوالجية .

[تتمة] لم يبين ما إذا أوصى بالغلة ولا غلة فيها ، وبينه صاحب المبسوط فقال : لو أوصى بغلة نخلة أبدا لرجل ولآخر برقبتها ولم تدرك ولم تحمل فالنفقة فى سقيها والقيام عليها على صاحب الرقبة ، لأن هذه النفقة نمو ملكه ولا ينتفع صاحب الغلة بذلك فليس عليه شئ من هذه النفقة ، فإذا أثمرت فالنفقة على صاحب الغلة لأن منفعة ذلك ترجع إليه فإن الثمرة بها تحصل ، فإن حملت عاما ثم أحالت فلم تحمل شيئا فالنفقة على صاحب الغلة لأن منفعة ذلك ترجع لصاحب الغلة ، فإن الأشجار التى من عادتها أن تحمل فى سنة ولا تحمل فى سنة يكون ثمرها فى السنة التى تحمل فيها أجود منه وأكبر إذا كانت تحمل كل عام وهو نظير نفقة الموصى بخدمته فإنها على الموصى له بالخدمة بالليل والنهار جميعا وإن كان هو ينام بالليل ولا يخدم لأنه إذا استراح بالنوم ليلا كان أقوى على الخدمة بالنهار ، فإن لم يفعل فأنفق صاحب الرقبة عليه حتى يحمل فإنه يستوفى نفقته من ذلك لأنه كان محتاجا إلى الإنفاق كى لايتلف ملكه فلا يكون متبرعا ولكنه يستوفى النفقة من الثمار وما يبقى من ذلك فهو لصاحب الغلة اهـ ط عن سرى الدين (قوله فمات والحال الخ) أى مات الموصى فى حال وجود ثمرة فى البستان (قوله له هذه الثمرة) أى للموصى له إن خرج البستان من الثلث على ماقدمناه عن الكفاية (قوله ضم أبدا أولا) والفرق أن الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول المعدوم إلا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الأبد ، أما الغلة فتنتظم الموجود

(وإن لم يكن فيه) أى البستان والمسألة بحالها (ثمرة) حين الوصية (فهى) كالوصية (بالغلة) فى تناولها الثمرة المعدومة ماعاش الموصى له زيلعى :

وفى العناية : السقى والخراج وما فيه إصلاح البستان على صاحب الغلة لأنه هو المنتفع به فصار كالنفقة فى فصل الخدمة :

[تنبيه] الغلة كل مايحصل من ريع الأرض وكرائها وأجرة الغلام ونحو ذلك كذا فى جامع اللغة :

قلت : وظاهره دخول ثمن الحور ونحوه فى الغلة فيحرر (وبصوف غنمه وولدها ولبنها لهما) بقى (فى وقت موته سواء قال أبدا أولا) لأن المعدوم منها لايستحق بشىء من العقود فكذا بالوصية بخلاف الثمرة بدليل صحة المساقاة :

(أوصى بجعل داره مسجدا ولم تخرج من الثلث ، وأجازوا تجعل مسجدا) لزوال المانع بإجازتهم ، وإن لم

وما يعرض الوجود مرة بعد أخرى عرفا درر (قوله وإن لم يكن فيه ثمرة) محترز قوله فمات وفيه ثمرة (قوله والمسألة بحالها) يعنى أوصى بثمرة بستانه بلا زيادة لفظ أبدا فمات ولكن لم يكن فيه ثمرة (قوله حين الوصية) صوابه حين الموت كما يعلم من السابق واللاحق ، وبه صرح الطورى (قوله زيلعى) قال : وإنما كان كذلك لأن الثمرة اسم للموجود حقيقة ولايتناول المعدوم إلا مجازا ، فإذا كان فيه ثمرة عند الموت صار مستعملا فى حقيقته فلا يتناول المجاز ، وإذا لم يكن فيه ثمرة يتناول المجاز ، ولا يجوز الجمع بينهما إلا أنه إذا ذكر لفظ الأبد تناولهما بعموم المجاز لا جمعا بين الحقيقة والمجاز اه :

[تنبيه] أوصى بغلة أرضه ولا شجر فيها ولا مال له غيرها تؤجر ويعطى صاحب الغلة ثلث الأجر ، ولو فيها شجر يعطى ثلث مايخرج منه : ولو اشترى الموصى له البستان من الورثة جاز وبطلت الوصية ، ولو تراضوا على شىء دفعوه إليه على أن يسلم الغلة جاز ، وكذا الصلح عن سكنى الدار وخدمة العبد جائز وإن لم يجز بيع هذه الحقوق طورى (قوله وكرائها) الكراء الأجرة ، وهو فى الأصل مصدر كارى ومنه المكارى بتخفيف الياء مغرب (قوله كذا فى جامع اللغة) وكذا فى المغرب أيضا (قوله وظاهره دخول ثمن الحور ونحوه) أى مما لاثمر له كالصفصاف والسرو ، ثم الحور بمهملتين : وهو نوع من الشجر ، وأهل الشام يسمون الدلب حورا وهو بفتحتين بدليل قول الراعى أنشده صاحب التكملة * كالجوز ينطق بالصفصاف والحور * مغرب (قوله فيحرر) :

أقول : التحرير فيه أنه يدخل نفس الحور لا ثمنه لأن الحور نفس الغلة الموصى بها إذ لا يقصد به إلا الخشب :

وفى الخانية : أوصى بغلة كرمه لإنسان قال الفقيه أبو بكر يدخل القوائم والأوراق والثمار والحطب ، فإنه لو دفع الكرم معاملة يكون كل هذه الأشياء كالثمر اه (قوله وولدها) أى حملها ولواحية ، وعبارة الزيلعى وغيره والولد فى البطن (قوله له مابقى) الأوضح له ماوجد . قال فى المنح لأنه إيجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الأشياء يومئذ اه ط (قوله لأن المعدوم الخ) قال فى الهداية والفرق أن القياس يأبى تمليك المعدوم إلا أن فى الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والإجارة ، فاقتضى ذلك جوازه فى الوصية بطريق الأولى لأن بابها أوسع ، أما الولد المعدوم وأختاه لايجوز إيراد العقد عليها أصلا ولا تستحق بعقد ما أصلا فكذا لا يدخل تحت الوصية ، بخلاف الموجود منها لأنه يجوز استحقاقه بعقد البيع تبعا وبعقد الخلع مقصودا فكذا الوصية اه (قوله ولم تخرج من الثلث) الأولى أن يقول وليس له مال غيرها لقوله بعد وإن لم يجيزوا يجعل ثلثها مسجدا ط

يجيزوا يجعل ثلثها مسجدا رعاية لجانب الوارث والوصية (ويظهر مركبه فى سبيل الله بطلت) لأن وقف المنقول باطل عنده فكذا الوصية : وعندهما يجوزان درر : وقال المصنف : وفيه نظر لأن الوصية تصح حيث لا يصح الوقف فى مواضع كثيرة كالوصية بالغلة والصوف ونحو ذلك كما مر :

(أوصى بشىء للمسجد لم تجز الوصية) لأنه لا يملك ، وجوزها محمد : قال المصنف : وبقول محمد أفتى مولانا صاحب البحر (إلا أن يقول) الموصى (ينفق عليه) فيجوز اتفاقا :

(قال : أوصيت بثلثى لفلان أو فلان بطلت) عند أبى حنيفة لجهالة الموصى له . وعند أبى يوسف لهما أن يصطلحا على أخذ الثلث . وعند محمد يخير الورثة فأيهما شاءوا أعطوا :

فصل فى وصايا الذمى وغيره

(ذمى جعل داره بيعة أو كنيسة) أو بيت نار (فى صحته فمات

(قوله فى سبيل الله) أى بلا تعيين إنسان ، أما لو أوصى بظهر دابته فى سبيل الله ، لإنسان بعينه فالوصية جائزة اتفاقا اهـ غرر الأفكار (قوله وعندهما يجوزان) أى وقف المنقول والوصية به ، وظاهره أن هذه الوصية ليست وقفا وليس كذلك :

قال فى غرر الأفكار : جعل أبو يوسف ومحمد مركبة وقفا يكون فى يد الإمام فينفق عليه من بيت المال ، إذ وقف الكراع والسلاح فى سبيل الله جائز عندهما للآثار والإبل حكم الكراع اهـ (قوله وفيه نظر) أى فيما ذكر من تعليل البطلان :

أقول : وجوابه أنها ليست وصية حقيقية إذ هى فى معنى الوقف عنده ، وبه صرح فى غرر الأفكار كالوصية بجعل داره مسجدا فإنها وقف فى المعنى ووقف المنقول عنده لا يجوز فكذا هذه ، بخلاف الوصية بالغلة والصوف ونحوهما فإنها تمليك من كل وجه وليست فى معنى الوقف أصلا فتدبر (قوله لم تجز) كذا فى الغرر ، وعزاه فى الشرنبلالية إلى الكافى ، وقدمنا الكلام عليه عند قوله أوصى بثلث ماله لبيت المقدس جاز ، والله سبحانه وتعالى أعلم :

فصل فى وصايا الذمى وغيره

أى المستأمن وصاحب الهوى والمرتدة وهذه الترجمة ساقطة فى المنح .

واعلم أن وصايا الذمى ثلاثة أقسام :

الأول جائز بالاتفاق ، وهو ما إذا أوصى بما هو قربة عندنا وعندهم ، كما إذا أوصى بأن يسرج فى بيت المقدس أو بأن تغزى الترك وهو من الروم سواء كان لقوم معينين أو لا :

والثانى باطل بالاتفاق وهو ما إذا أوصى بما ليس قربة عندنا وعندهم ، كما إذا أوصى للمغنيات(١) والنائحات أو بما هو قربة عندنا فقط كالحج وبناء المساجد للمسلمين إلا أن يكون لقوم بأعيانهم فيصح تمليكا :

والثالث مختلف فيه ، وهو ما إذا أوصى بما هو قربة عندهم فقط كبناء الكنيسة لغير معينين فيجوز عنده لا عندهما وإن لمعينين جاز إجماعا :

وحاصله أن وصيته لمعينين تجوز فى الكل على أنه تمليك لهم ، وماذكره من الجهة من إسراج المساجد ونحوه خرج على طريق المشورة لا الإلزام فيفعلون به ماشاءوا لأنه ملكهم ، والوصية إنما صحت باعتبار التمليك لهم

---

(١) (قوله إذا أوصى للمغنيات الخ) الذى تقدم أن الوصية للفساق صحيحة لكن مع الكراهة ولعل الصواب أوصى بالغناء والنياحة فإنه وصية بنفس المعصية اهـ .

فهي ميراث)لأنه كوقف لم يسجل، وأما عندهما فلأنه معصية وليس هو كالمسجد لأنهم يسكنون ويدفنون فيه موتاهم ، حتى لو كان المسجد كذلك يورث قطعا قاله المصنف وغيره لأنه حينئذ لم يصر محررا خالصا لله تعالى :

(وإن أوصى الذمي أن يبني داره بيعة أو كنيسة لمعينين فهو جائز من الثلث ويجعل تمليكا ، وإن) أوصى (بداره أن تبني كنيسة) أو بيعة (في القرى) فلو في المصر لم يجز اتفاقا (لقوم غير مسمين صحت) عنده لاعندهما لما مر أنه معصية : وله أنهم يتركون ومايدينون فتصح (كوصية حربي مستأمن) لاوارث له هنا (بكل ماله لمسلم أو ذمي) كذا في الوقاية ، ولا عبرة بمن ثمة لأنهم أموات في حقنا :

ولو أوصى بنصفه مثلا نفذ ورد باقيه لورثته لاإرثا ، بل لأنه لامستحق له في دارنا ، وكذا لو أوصى لمستأمن مثله : ولو أعتق عبده عندالموت أو دبره نفذ من الكل لما قلنا . ولو أوصى له مسلم أو ذمي جاز على الأظهر زيلعي

زيلعي ملخصا (قوله فهي ميراث) أي اتفاقا وإنما الاختلاف في التخريج شرنبلالية (قوله لأنه كوقف لم يسجل) أي لم يحكم بلزومه ، والمراد أنه يورث كالوقف المذكور ، وليس المراد أنه إذا سجل لزم كالوقف أفاده في الشرنبلالية (قوله وليس هو كالمسجد) ليس من تتمة قولهما بل من تتمه قوله جواب عن سؤال تقديره إن هذا في حقهم كالمسجد في حقنا والمسجد لايباع ولا يورث فينبغي أن يكون هذا كذلك اهـ ح (قوله حتى لو كان المسجد كذلك) كما إذا جعل داره مسجدا وتحته سرداب وفوقه بيت كما مر في كتاب الوقف إتقاني (قوله لمعينين) أي معلومين يحصى عددهم معراج (قوله فهو جائز) أي اتفاقا ولا يلزمهم جعلها كنيسة كما مر (قوله في القرى) المراد بالقرى ماليس فيه شيء من شعائر الإسلام وإلا فكالأمصار ذكره القهستاني والبرجندي در منتقى (قوله غير مسمين) بياء واحدة كمصطفين ، وفي كثير من النسخ بياءين وهو تحريف ، فإن الياء الأولى حذفت بعد قلبها ألفا لتحركها وانفتاح ماقبلها (قوله لما مر أنه معصية) أي ولا يمكن جعله تمليكا لعدم تعيينهم ، وهذا تعليل لنفي الصحة عندهما (قوله وله أنهم يتركون وما يدينون) فإن هذا قربة في اعتقادهم ، ولذا لو أوصى بما هو قربة حقيقة معصية في معتقدهم لايجوز اعتبارا لاعتقادهم : والفرق له بين البناء والوصية أن البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني ، والوصية وضعت لإزالة الملك هداية ملخصا (قوله كوصية حربي مستأمن) قيد به ، لأن وصية الذمي تعتبر من الثلث ولا تصح لوارثه ، وتجوز للذمي من غير ملته لا لحربي في دار الحرب اهـ ملتقى (قوله لاوارث له هنا) أي في دارنا ، ومفهومه لو كان وارثه هنا لاتجوز بأكثر من الثلث ه

وعبر الزيلعي وغيره عن هذا المفهوم بقيل فأفاد ضعفه ، لكن جزم بما ذكره الشارح في الوقاية والإصلاح والملتقى ، وأشار إليه في الهداية والجامع الصغير ، فيفيد ذلك أنه المعتمد لأن المتون مقدمة على الشروح ، وبه جزم الإتقاني مستندا إلى مافي شرح السرخسي ، لأن حق وارثه هنا معتبر بسبب الأمان ، ولو كان له وارث آخر ثمة شارك الحاضر ولم يكن للموصى له إلا الثلث اهـ (قوله كذا في الوقاية) كان ينبغي ذكره عقب قوله لاوارث له هنا ليشير به إلى مخالفة الزيلعي كما ذكرنا (قوله ولا عبرة بمن ثمة) أي بورثته الذين هنالك: أي في دار الحرب ، أي لايراعى حقهم في إبطال الزائد على الثلث (قوله ورد باقيه لورثته) مراعاة لحقه أي لا لحقهم ، فمن حقه تسليم ماله إلى ورثته إذا فرغ من حاجته وتصرفه إتقاني (قوله لا إرثا الخ) كذا في المنح أول الوصايا ، وهو نفي لما يتوهم من قوله لورثته ، وبيان للفرق بين هذه المسألة والتي قبلها ، فإنه هناك لم يرد مازاد على الثلث إلى ورثته لأن له مستحقا وهو الموصى له بالكل (قوله وكذا) أي تصح (قوله لما قلنا) من أنه لاعبرة بورثته ثمة الخ (قوله على الأظهر) مقابله ما عن الشيخين من عدم الجواز لأنهم في دارهم حكما حتى يمكن من الرجوع إليها فصارت كالإرث : ووجه الأول أنها تمليك مبتدأ ولهذا تجوز للذمي والعبد بخلاف الإرث زيلعي

(وصاحب الهوى إذا كان لايكفر فهو بمنزلة المسلم فى الوصية) لأنا أمرنا ببناء الأحكام على ظاهر الإسلام (وإن كان يكفر فهو بمنزلة المرتد) فتكون موقوفة عنده نافذة عندهما شرح المجمع .

(والمرتد فى الوصية كذمية) فى الأصح لأنها لاتقتل (الوصية المطلقة) كقوله هذا القدر من مالى أو ثلث مالى وصية (لاتحل للغنى) لأنها صدقة ، وهى على الغنى حرام (وإن عممت) كقوله : يأكل منها الغنى والفقير ، لأن أكل الغنى منها إنما يصح بطريق التمليك والتمليك إنما يصح لمعين والغنى لامعين ولا يحصى .

(ولو خصت) الوصية (به) أى بالغنى كقوله هذا القدر من مالى وصية لزيد وهو غنى (أو لقوم) أغنياء (محصورين حلت لهم) لصحة تمليكهم (وكذا) الحكم (فى الوقف) كما حرره منلا خسرو . وفى جامع الفصولين المتولى على الوقف كالوصى .

[فروع] أوصى بثلث ماله للصلوات جاز للوصى صرفه للورثة لو محتاجين يعنى لغير قرابة الولاد ممن يجوز صرف الكفارة إليهم ، بخلاف مطلق الوصية للمساكين فإنها تجوز لكل ورثته

(قوله وصاحب الهوى) .

قال السيد الجرجانى فى تعريفاته : أهل الهوى أهل القبلة الذين لايكون معتقدهم معتقد أهل السنة ، وهم الجبرية والقدرية والروافض والخوارج والمعطلة والمشبهة ، وكل منهم اثنتا عشرة فرقة فصاروا اثنين وسبعين (قوله إذا كان لايكفر) أى به فحذف الجار لظهوره ط (قوله فتكون موقوفة) أى إن أسلم نفذت ، وإن مات على ردته بطلت كسائر تصرفاته (قوله كذمية فى الأصح) فتصح وصاياها هداية ، وقيل لا . قال صاحب الهداية فى الزيادات : وهو الصحيح لأن الذمية تقر على اعتقادها بخلاف المرتدة .

قال فى العناية : والظاهر أنه لا منافاة بين كلاميه : أى صاحب الهداية لأن الصحيح والأصح يصدقان اهـ أى كون أحدهما أصح لاينافى كون الآخر صحيحا ، ورجح الزيلعى الأول (قوله الوصية المطلقة) أى التى لم يذكر غنى ولا فقير فيها ، والعامة ما ذكرا فيها ط (قوله وهى على الغنى حرام) ولا يمكن جعلها هبة له بعد موت الموصى ، بخلاف الصدقة عليه حالا فإنها تجعل هبة ، لما قالوا : إن الصدقة على الغنى هبة ، والهبة للفقير صدقة ط (قوله وإن عممت) إن وصلية ، وظاهره أن الوصية هنا صحيحة ، بخلاف مالو خصها بالأغنياء فقط ، إذ لايمكن جعلها تمليكا لأنهم لايحصون ، ولاصدقة لأن اللفظ لاينبئ عن معنى الحاجة على ماقدمه عن الاختيار فى باب الوصية للأقارب (قوله والغنى لامعين) عبارة الدرر لايعين (قوله وكذا الحكم فى الوقف) يعنى أن الوقف المطلق يختص بالفقراء لايحل للغنى وإن عمم الواقف ، وإذا خصصه بغنى معين أو بقوم محصورين أغنياء حل لهم ويملكون منافعه لاعينه درر .

ويشكل عليه ماصرحوا به من أن السقاية والمقبرة والرباط ونحو ذلك يجوز أن ينتفع بها الفقير والغنى لأن الواقف يقصد بها العموم ، فإذا اكتفى بقصده العموم كيف يمتنع مع التنصيص عليه فليحرر اهـ رحمتى (قوله المتولى على الوقف كالوصى) أى فى كثير من الأحكام ، ولهذا قالوا : إن المتولى أخو الوصى ، ومناسبة ذلك هنا ماذكره من اتحاد حكم الوقف والوصية فيما مر ، فقد قالوا أيضا : إنهما أخوان ، وقالوا : الوقف يستقى من الوصية ، وقالوا : إنهما يستقيان من واد واحد (قوله يعنى لغير قرابة الولاد) أى بغير الأصول والفروع ، وهذا التقييد ذكره فى القنية أخذا مما قاله أبو القاسم : لو أوصى أن يعطى عن كفارة صلواته لولد ولده وهو غير وارث فإنه يعطى كما أمر ولا يجزيه عن الكفارة (قوله ممن يجوز صرف الكفارة إليهم) بأن يكونوا مسلمين

ولأحدهم يعني لو محتاجين حاضرين بالغين راضين ، فلو منهم صغير أو غائب أو حاضر غير راض لم يجز .

أوصى بكفارة صلاته لرجل معين لم تجز لغيره به يفتى لفساد الزمان .

أوصى لصلواته وثلث ماله ديون على المعسرين فتركها الوصي لهم عن الفدية لم تجزه ولا بد من القبض ثم التصدق عليهم .

ولو أمر أن يتصدق بالثلث فمات فغصب غاصب ثلثها مثلا واستهلكها فتركه صدقة عليه وهو معسر يجزيه لحصول قبضه بعد الموت ، بخلاف الدين الكل من القنية .

وفي الجواهر : أوصى لرجل بعقار ومات فقسمت التركة والموصى له في البلد وقد علم بالقسمة ولم يطلب ثم بعد سنين ادعى تسمع ، ولا تبطل بالتأخير إن لم يكن رد الوصية .

أوصى له بدار فباعها بعد موته قبل القبض صح لجواز التصرف في الموصى به قبل قبضه .

وقفت ضيعتها على ولدها وجعلت عم الولد متوليا وللولد أب فالمتولى أولى من الأب .

شرى دارا وأوصى بها لرجل فأخذها الشفيع من يد الموصى له يؤخذ الثمن : ولو استحق الدار لا يرجع الموصى له على الورثة بشيء لأنه ظهر أنه أوصى بمال الغير انتهى والله أعلم .

باب الوصي وهو الموصى إليه

محتاجين ط (قوله ولأحدهم) أي ولا يشترط الجمع لأن أل الجنسية أبطلت معنى الجمعية ط (قوله فلو منهم صغير) الأولى زيادة أو غير محتاج لتتم المحترزات ط (قوله لم يجز) أي لأنه من قبيل الوصية للوارث فتحتاج إلى إجازة جميع الورثة ، ولم توجد من الغائب وغير الراضي ولم تصح من الصغير ، وهل هذه الشروط للقسم الثاني أو للقسمين أي كفارة الصلاة والتبرع يحرر رحمتي (قوله أوصى بكفارة صلاته) نص على الكفارة ، لأنه لو أوصى لمعين بوصية تعين دفعها إليه بلا خلاف ط (قوله لم تجز لغيره) أي لم يجز للقاضي والوصي الصرف إلى غيره منح (قوله لفساد الزمان) وطمع القاضي وغيره منح ، فإنه ربما لا يصرفها إلى أحد إذا جوزنا له منعها عمن عينه الميت لعدم من يطالبه بها (قوله أوصى لصلواته) أو صياماته منح (قوله لم تجزه) وقيل تجزيا .

قال في القنية : قال أستاذنا والأول أحب إلي حتى توجد الرواية (قوله ثم التصدق عليهم) أي بنية الفدية وإلا لم يفعل المأمور به تأمل (قوله ثلثها) أي ثلث التركة (قوله بخلاف الدين) أي في المسألة السابقة فإنه مقبوض قبل الموت .

بقي لو أوصى بكفارة صلواته والمسألة بحالها هل يجزيه لحصول قبضه بعد الموت أو لا يراجع (قوله فباعها) أي الموصى له بعد موته : أي الموصي (قوله لجواز التصرف الخ) لأنه دليل القبول (قوله فالمتولى أولى من الأب) إن ليس من قبيل وصي الأم حتى يتأخر عن الأب لأن ولاية المتولي على الوقف لا على الولد (قوله يؤخذ الثمن) أي من تركة المشتري للموصى له ويرجع ورثة المشتري به على الشفيع كما في المنح .

[فرع] أوصى بوصايا ثم قال والباقي للفقراء فمات بعض من أوصى لهم يصرف ذلك إلى الفقراء ، لأنهم لما ماتوا لم يجد الوصي نفاذا فيهم فيبقى الباقي وذلك للفقراء ولوالجية ، والله أعلم .

باب الوصي

لما فرغ من بيان الموصى له شرع في بيان أحكام الموصى إليه وهو الوصي لما أن كتاب الوصايا يشمله ، لكن قدم أحكام الموصى له لكثرتها وكثرة وقوعها فكانت الحاجة إلى معرفتها أمس عناية .

(أوصى إلى زيد) أى جعله وصيا (وقبل عنده صح ، فإن رد عنده) أى بعلمه (يرتد وإلا لايصح) الرد بغيبته لئلا يصير مغرورا من جهته ، ويصح إخراجه عنها ولو فى غيبته عند الإمام خلافا للثانى بزازية (فإن سكت) الموصى إليه (فمات) موصيه (فله الرد والقبول ولزم)عقد الوصية (ببيع شىء من التركة وإن جهل به) أى بكونه وصيا ؛ فإن علم الوصى بالوصاية ليس بشرط فى صحة تصرفه (بخلاف الوكيل) فإن علمه بالوكالة

واعلم أنه لاينبغى للوصى أن يقبلها لأنها على خطر : وعن أبى يوسف : الدخول فيها أول مرة غلط.والثانية خيانة والثالثة سرقة.وعن الحسن : لايقدر الوصى أن يعدل ولوكان عمر بن الخطاب . وقال أبو مطيع : مارأيت فى مدة قضائى عشرين سنة من يعدل فى مال ابن أخيه قهستانى ، ولبعضهم :

احذر من الواوات أر   بعة فهن من الحتوف

واو الوكالة والولا   ية والوصاية والوقوف

(قوله أوصى إلى زيد) ضمنه معنى فوّض فعداه فإلى ، وقدمنا الكلام عليه أول الكتاب ، ويصح هذا التفويض بكل لفظ يدل عليه :

ففى الخانية أنت وكيلى بعد موتى يكون وصيا أنت وصيى فى حياتى يكون وكيلالأن كلا منهما إقامة للغير مقام نفسه فينعقد كل منهما بعبارة الآخر اه . وفى الخالية والخلاصة وغيرهما : أنت وصيي أو أنت وصيى فى مالى أو سلمت إليك الأولاد بعد موتى أوتعهد أو لادى بعد موتى أوقم بلوازمهم بعدموتى أو ماجرى مجرى هذه الألفاظ يكون وصيا :

وفى الولوالجية افعلوا كذا بعد موتى فالكل أوصياء ، ولوسكتوا حتى مات فقبل منهم اثنان أو أكثرفهم أوصياءولوقبل واحد لم يتصرف حتى يقيم القاضى معه غيره أو يطلق له التصرف لأنه صار كأنه أوصى إلىرجلين فلاينفرد أحدهما ؛

وفى الدر المنتقى عن الذخيرة : ولوجعل رجلاوصيا فى نوع صار وصيا فىالأنواع كلها اه وسيأتى تمامه ط(قوله أى بعلمه) تفسير للعند فى الموضعين أى فلا يشترط الحضور ط (قوله بغيبته) المناسب لما تقدم أن يقول بغير علمه بل إسقاطه لدلالة السياق عليه اهـ ح لأن معنى قول المصنف وإلا :أى وإن لم يردّ بعلمه أى بأن ردّ بعد موته أو قبله بلاعلمه (قوله لئلا يصير) أى الميت مغرورا من جهته لأنه اعتمد عليه ففيه إضرار بالميت وأشار إلى الفرق بين الموصى له والموصى إليه فإن قبول الأول فى الحال غير معتبر ، حتى لو قبل فى حياة الموصى ثم ردبعدها صح لأن نفعه بالوصية لنفسه بخلاف الثانى كما أفاده فى العناية :

[تنبيه] وصى القاضى إذا عزل نفسه ينبغى أن يشترط علم القاضى بعزله ، كما يشترط علم الموكل فى عزل الوكيل نفسه وعلم السلطان فىعزل القاضى نفسه بزازية (قوله ويصح إخراجه) أى بعد قبوله كما فى البزازية (قوله ولو فىغيبته) ظاهره أنهينعزل وإن لم يبلغه العزل بخلاف الوكيل تأمل(قوله فله الرد والقبول) إذ لاتغرير هنا ، لأن الموصى هو الذى اغتر حيث لم يتعرف عن حاله أنه قبل الوصاية أم لا درر :

أقول : لكن رده لايخرجه عنها بالكلية بدليل أنه لو قبل بعد الرد صح كما يأتى قريبا (قوله ولزم الخ) أشار إلى أن القبول كما يكون بالقول يكون بالفعل لأنه دلالة عليه (قوله ببيع شىء) أى بعد موت الموصى وينفذ البيع لصدوره من الأهل عن ولاية ، وكذا إذا اشترى شيئا يصلح للورثة أو قضى مالا أو اقتضاه اختيار (قوله بخلاف الوكيل الخ) لأن التوكيل إنابة لثبوته في حال قيام ولاية الموكل : أما الإيصاء فخلافة لأنه مختص

شرط (فإن سكت ثم رد بعد موته ثم قبل صح إلا إذا نفذ قاض رده) فلا يصح قبوله بعد ذلك ؛

(ولو) أوصى (إلى صبي وعبد غيره وكافر وفاسق بدل) أى بدلهم القاضى (بغيرهم) إتماما للنظر ولفظ بدل يفيد صحة الوصية ، فلو تصرفوا قبل الإخراج جاز سراجية (فلو بلغ الصبي وعتق العبد وأسلم الكافر) أو المرتد وتاب الفاسق مجتبى : وفيه : فوض ولاية الوقف لصبي صح استحسانا (لم يخرجهم القاضى عنها) أى عن الوصايا لزوال الموجب للعزل إلا أن يكون غير أمين اختيار (وإلى عبده و) الحال أن (ورثته صغار صح) كإيصائه إلى مكاتبه أو مكاتب غيره ، ثم إن رد فى الرق فكالعبد (وإلا لا) وقالا لا يصح مطلقا درر ؛

بحال انقطاع ولاية الميت فلا يتوقف على العلم كالورثة زيلعى (قوله صح) لأن هذا الرد لم يصح من غير علم الموصى كفاية ، ولا يلزم من عدم صحة الرد كونه صار وصيا لتوقفه على القبول كما أفاده قوله السابق فله الرد والقبول؛

والحاصل أنه إذا سكت لم يصر وصيا فيخير بين الرد : أى عدم القبول وبين القبول ، فإذا رد : أى لم يقبل لم يجبر على القبول ؛ وإذا قبل ولو بعد الرد صح لأن رده لم يصح أى لم يخرجه عن أهلية القبول ، فإذا قبل صار وصيا وإلا فلا؛

وبه ظهر الجواب عن حادثة الفتوى فى زماننا فى رجل أوصى إلى رجلين فقبل أحدهما وسكت الآخر ولم يصدر منه مايدل على الرضا وعدمه وتصرف القابل فى التركة فهل يصح تصرفه وحده قبل رضا الأول ورده ؛ والجواب أن الساكت لم يصر وصيا لما قلنا ، لكن القابل ليس له الانفراد بالتصرف عندهما . وعند أبى يوسف ينفرد كما سنذكره عن الولوالجية فينصب القاضى معه وصيا آخر فيتصرفان معا ، والله أعلم (قوله إلا إذا نفذ قاض رده) لأن الموضع موضع اجتهاد إذ الرد صحيح عند زفر كفاية ؛ أقول : وهذا فى غير قضاة زماننا (قوله وعبد غيره) أى ولو بإذن سيده قهستانى والواو فيه وفيما بعده بمعنى أو (قوله وكافر) أى ذمى أو حربى أو مستأمن عناية أو مرتد كما يعلم مما يأتى (قوله وفاسق) أى مخوف منه على المال قهستانى (قوله بدل) أى وجوبا بحر مسلم صالح لأن العبد يحجر ، والكافر عدو ، والفاسق متهم بالخيانة قهستانى (قوله ولفظ بدل يفيد صحة الوصية) وعبارة القدورى : أخرجهم القاضى ؛ قال فى الهداية هذا يشير إلى صحة الوصية لأن الإخراج يكون بعد الصحة اهـ ؛ وقال محمد فى الأصل إن الإيصاء باطل ؛

واختلفوا فى معناه ، فقيل إنه سيبطل بإبطال القاضى فى جميع هذه الصور ، وقيل سيبطل فى غير العبد لعدم ولايته فيكون باطلا ، وقيل سيبطل فى الفاسق لأن الكافر كالعبد كما فى الكافى قهستانى والأول قول عامة المشايخ كما فى العناية ؛

ثم اعلم أن المصنف زاد على المتون والهداية ذكر الصبي ، ونقل فى شرحه على المجتبى : والوصية إلى الصبي جائزة ولكن لا تلزمه العهدة كالوكالة اهـ وذكره أيضا فى الاختيار كما فعل المصنف ، لكن نقل فى شرح الوهبانية إذا أوصى إلى عبد أوصى أخرجهما القاضى لأن الصبي لا يهتدى إلى التصرف ، وهل ينفذ تصرفه قبل الإخراج قيل نعم ، وقيل لا وهو الصحيح لأنه لا يمكن إلزام العهدة فيه ، فلو بلغ قبل الإخراج قال أبو حنيفة لا يكون وصيا وقالا يكون اهـ ملخصا وتمامه فيه فراجعه (قوله وأسلم الكافر) أى الأصلى ط (قوله أى عن الوصايا) فى بعض النسخ الوصاية (قوله ثم إن رد فى الرق) بأن عجز عن أداء البدل (قوله فكالعبد) أى فإن كان مكاتب غيره صحت واستبدله القاضى بغيره ، وإن كان مكاتبه فهى مسألة المصنف الخلافية ط (قوله وإلا) أى بأن كان فيهم كبير لم يصح لأن للكبير بيعه أو بيع نصيبه فيعجز عن الوصية لأن المشترى يمنعه فلا يحصل فائدة الوصية اختيار (قوله وقالا لا يصح مطلقا) لأن فيه إثبات الولاية للمملوك على المالك وهو قلب المشروع . وله أنه أوصى إلى من

(ومن عجز عن القيام بها) حقيقة لا بمجرد إخباره (ضم) القاضي (إليه غيره) عاية لحق الموصي والورثة :
(ولو ظهر للقاضي عجزه أصلا استبدل غيره ولو عزله) أي الموصي المختار (القاضي مع أهليته لها نفذ عزله وإن جار) القاضي (وأثم) في الأشباه اختلفوا في صحة عزله ، والأكثر على الصحة كما في شرح الوهبانية ، لكن يجب الإفتاء بعدم الصحة كما في الفصولين : وأما عزل الخائن فواجب انتهى :
قلت : وعبارة جامع الفصولين من الفصل السابع والعشرين : الوصي من الميت لو عدلا كافيا لا ينبغي للقاضي أن يعزله ، فلو عزله قيل ينعزل :
أقول : الصحيح عندي أنه لا ينعزل لأن الموصي أشفق بنفسه من القاضي فكيف ينعزل ، وينبغي أن يفتى به

هو أهل فيصح ، كما لو أوصى إلى مكاتب وهذا لأنه مكلف مستبد بالتصرف وليس لأحد عليه ولاية ، فإن الصغار وإن كانوا ملاكا لكن لما أقامه أبوهم مقام نفسه صار مستبدا بالتصرف مثله بلا ولاية لهم اهـ درر لكن ليس له أن يبيع رقبته ط :

فإن قيل : إن لم يكن لهم ولاية البيع فللقاضي أن يبيعه فيتحقق المنع : وأجيب بأنه إذا ثبت الإيصاء لم يبق للقاضي ولاية البيع عناية (قوله ومن عجز عن القيام بها) أي وحده بأن احتاج إلى معين بقرينة المسألة الآتية (قوله حقيقة) بأن ثبت ذلك بالبينة لأن الثابت بها كالمعاين لا بعلم القاضي ، لأن المفتى به أنه لا يقضي بعلمه رحمتي (قوله لا بمجرد إخباره) لأنه قد يكذب تخفيفا على نفسه ، وكذا لو اشتكى الورثة أو بعضهم الوصي إلى القاضي لا ينبغي أن يعزله حتى يظهر له منه خيانة هداية :

[تنبيه] يؤخذ مما ذكره أنه ليس للوصي إخراج نفسه بعد القبول وتقدم التصريح به : والحيلة فيه شيئان كما في الأشباه أحدهما أن يجعله الميت وصيا على أن يعزل نفسه متى شاء . الثاني أن يدعي دينا على الميت فيتهمه القاضي فيخرجه اهـ . والظاهر أن هذا في وصي الميت . أما وصي القاضي فقدمنا عن البزازية أنه يعزل نفسه بعلم القاضي تأمل . وقوله فيخرجه فيه خلاف . وفي الهندية عن الخصاف أنه لا يخرجه بل يجعل للميت وصيا في مقدار الدين خاصة ، وبه أخذ المشايخ وعليه الفتوى (قوله رعاية لحق الموصي) في إبقائه حيث اختاره وصيا ولحق الورثة في ضم غيره إليه (قوله استبدل غيره) في الظهيرية عجز فأقام غيره ثم ، قال الأول بعد أيام صرت قادرا على القيام بها ، قالوا : هو وصي على حاله لأن الحاكم ما أقام الثاني مقامه ليكون نصبه عزلا له ، وإنما ذلك ضم لا عزل ومثله في الخانية وغيرها .

وفي الخلاصة : أقام آخر مقام العاجز ينعزل ، قال الخاصي لأنه لا يقوم مقام الأول إلا بعد العزل ، وللقاضي العزل بالعجز اهـ ملخصا من أدب الأوصياء :

أقول . يمكن التوفيق بأن القاضي إذا قال جعلتك وصيا أو ضممتك إلى الأول لا ينعزل الأول ، ولو قال أقمتك مقامه انعزل فتأمل :

[تنبيه] في الأدب عن الخانية : لو جن الوصي مطبقا ينبغي للقاضي أن يبدله ، ولو لم يفعل حتى أفاق فهو على وصايته اهـ (قوله مع أهليته لها) بأن كان عدلا كافيا (قوله نفذ عزله) قال في القنية . واستبعده ظهير الدين بأنه مقدم على القاضي لأنه مختار الميت : قال أستاذنا فإذا كان ينعزل وصي الميت وإن كان عدلا كافيا فكيف وصي القاضي اهـ (قوله وأما عزل الخائن فواجب) بل في عامة الكتب : إذا كان الأب مبذرا متلفا مال ابنه الصغير فالقاضي ينصب وصيا وينزع المال من يده (قوله من الفصل السابع والعشرين) وفيه عن المنتقى بالنون ، ولو كافيا لا عدلا يعزله ، ولو عدلا غير كاف يضم إليه كافيا اهـ زاد في الولوالجية ولو عزله صح (قوله وينبغي أن يفتى به) قال في نور العين : لقد أجاد فيما أفاد لكنه أوهم بقوله قبله عندي إنه تفرد به مع أنه مختار كثير

لفساد قضاة الزمان اهـ : قال المصنف قال شيخنا : فقد ترجح عدم صحة العزل للوصى فكيف بالوظائف فى الأوقاف (وبطل فعل أحد الوصيين كالمتوليين) فإنهما فى الحكم كالوصيين أشباه ووقف القنية ، ومفاده أنه لو أجر أحدهما أرض الوقف لم تجز بلا رأى الآخر وقد صارت واقعة الفتوى (ولو) وصلية (كان إيصاؤه لكل منهما على الانفراد) وقيل ينفرد : قال أبو الليث : وهو الأصح وبه نأخذ، لكن الأول صححه فى المبسوط وجزم به فى الدرر ، وفى القهستانى أنه أقرب إلى الصواب :

قلت : وهذا إذا كانا وصيين أو متوليين من جهة الميت أو الوقف أو قاض واحد، أما لو كانا من جهة قاضيين من بلدتين فينفرد أحدهما بالتصرف لأن كلا من القاضيين لو تصرف جاز تصرفه فكذا نائبه :

من السلف والخلف (قوله لفساد قضاة الزمان) فيكون عزله منهم لغرض دنيوى إذ لا مصلحة لليتيم فى عزل الأهل ط.

[تنبيه] هذا كله فى وصى الميت ، أما وصى القاضى فله عزله ولو عدلا كما سيذكره الشارح فى الفروع ، لكن يأتى قريبا تقييده بما إذا رأى المصلحة وإلا فلا (قوله قال المصنف قال شيخنا) يعنى ابن نجيم صاحب البحر (قوله فكيف بالوظائف فى الأوقاف) من الوظائف التولية على الوقف . قال فى فتاوى خير الدين عن البحر : وأما عزل القاضى الناظر فشرطه أن يكون بجنحة واستدل عليه بما نقله عن الإسعاف وجامع الفصولين : ثم قال فقد أفاد حرمة تولية غيره بلا خيانة وعدم صحتها لو فعل ، ثم قال : واستفيد من عدم صحة عزل الناظر بغير جنحة عدمها لصاحب وظيفة فى وقف ، واستدل عليه بما نقله عن البزازى وغيره اهـ ط وأفاد بقوله فكيف الخ أنه لا يصح بالأولى : ووجهه أن فيه إبطال حق محترم وهو ما عين له الواقف (قوله وبطل فعل أحد الوصيين) إلا إذا أجازه صاحبه فإنه يجوز ولا يحتاج إلى تجديد العقد كما فى المنح ط :

أقول : وكذا الوصى مع الناظر عليه : وفى الحامدية عن الإسماعيلية لو تصرف الوصى بدون علم الناظر فى أموال اليتيم فهلكت يضمنها (قوله ومفاده الخ) نص عليه فى الإسعاف حيث قال : لا ينفرد أحد الناظرين بالإجازة ، ولو وكل أحدهما صاحبه جازت نقله أبو السعود ط وما ذكره الشارح مأخوذ من المنح (قوله لكل منهما) الأولى إلى كل منهما كما عبر فى الغرر (قوله وقيل ينفرد) قائله أبو يوسف كما سيصرح به الشارح والأول قولهما ، ثم قيل : الخلاف فيما لو أوصى إليهما متعاقبا ، فلو معا بعقد واحد لا ينفرد أحدهما بالتصرف بالإجماع ، وقيل الخلاف فى العقد الواحد ، أما فى العقدين فينفرد أحدهما بالإجماع : قال أبو الليث : وهو الأصح . وبه نأخذ وقيل الخلاف فى الفصلين جميعا . قال فى المبسوط : وهو الأصح ، وبه جزم منلا خسرو منح ملخصا ، وذكر مثله الزيلعى وغيره (قوله لكن الأول صححه فى المبسوط الخ) أقول يوهم أنه صحح القول بالانفراد مع أنك علمت أن الكلام فى محل الخلاف وأن الذى صححه فى المبسوط أن الخلاف فى الموضعين ، وليس فيه تصحيح للقول بالإنفراد ولا لعدمه ، نعم ما صححه أبو الليث يتضمن تصحيح الانفراد لو بعقدين لأنه ادعى فيه الإجماع فتنبه .

ويمكن أن يقال إن ما فى المبسوط متضمن أيضا التصحيح عدم الانفراد فإنه لما صحح أن الخلاف فى الفصلين أثبت أن قول أبى حنيفة ومحمد عدم الإنفراد فيهما ؛ والعمل فى الغالب على قول الإمام ، وهو ظاهر إطلاق المتون وصريح عبارة المصنف تأمل (قوله أنه أقرب إلى الصواب) لأن وجوب الوصية عند الموت فتثبت لهما معا بخلاف الوكالة المتعاقبة ، فإذن ثبت أن الخلاف فيهما زيلعى أى فى صورتى الإيصاء لهما معا أو متعاقبا (قوله وهذا) أى عدم انفراد أحدهما (قوله من بلدتين) الظاهر أنه اتفاق نظرا إلى الغالب ، حتى لو ولى السلطان قاضيين فى بلد واحد وجعل لهما نصب الأوصياء فالحكم كذلك ، ويؤيده ما ذكره من التعليل أفاده ط.

ولو أراد كل من القاضيين عزل منصوب القاضى الآخر جاز إن رأى فيه المصلحة وإلا لا ، وتمامه فى وكالة تنوير البصائر معزيا للملتقطات وغيرها فليحفظ :

وفى وصايا السرج او لم يعلم القاضى أن للميت وصيافنصب له وصيا ثم حضر الوصى فأراد الدخول فىالوصية فله ذلك ونصب القاضى الآخر لايخرج الأول (إلا بشراء كفنه وتجهيزه والخصومة فى حقوقه وشراء حاجة الطفل والاتهاب له وإعتاق عبد معين ورد وديعة وتنفيذ وصية معينتين)

(قوله وتمامه الخ) الذى ذكره فى تنوير البصائر معزيا للملتقطات هو ماتقدم. ثم قال بعده. وفى قوله فكذا نائبه نظر ظاهر ، لما تقرر أن وصى القاضى نائب عن الميت لا عن القاضى حتى تلحقه العهدة ، بخلاف أمين القاضى لأنه نائب عنه فلا تلحقه العهدة ، ومقتضى ما ذكره من أن وصى القاضى نائب عنه أن لا يكون القاضى محجوراً عن التصرف فى مال اليتيم ، والمنقول أنه محجور عن التصرف مع وجود وصيه ولومنصوبه بخلافه مع أمينه ، ومقتضاه أيضا أن لا يملك القاضى شراء مال اليتيم من وصى نصبه ، كما لو كان أمينه ، والحكم بخلافه كما فى غالب كتب المذهب اه (قوله ونصب القاضى الآخر لايخرج الأول) والوصى هو الأول دون وصى القاضى لأنه اتصل به اختيار الميت كما إذا كان القاضى عالما اه كذا فى حاشية أبى السعود على الأشباه عن المحيط :

أقول : بقى أن تصرف الثانى بغيبة الأول هل هو نافذ ، والظاهر نفاذه لو الغيبة منقطعة . وفى الأشباه : ولاينصب القاضى وصيا مع وجوده : أى وصى الميت إلا إذا غاب غيبة منقطعة أو أقر لمدعى الدين اه والغيبة المنقطعة ، أن يكون فى موضع لا تصل إليه القوافل كما فى حاشية أبى السعود :

وفى الولوالجية : ادعى رجل دينا على الميت والوصى غائب ينصب القاضى خصما عن الميت ، ألا ترى أنه لوكان حاضرا وأقر بالدين ينصب القاضى خصما عن الميت ليصل المدعى إلى حقه لأن إقرار الوصى على الميت لا يجوز ولا يملك المدعى أن يخاصم الوصى فيما أقر به اه (قوله إلا بشراء كفنه الخ) هذه المسائل مستثناة من بطلان انفراد أحد الوصيين للضرورة (قوله وتجهيزه) لو اقتصر عليه لكفاه عما قبله قال فى العيبين لأن فى التأخير فساد الميت ولهذا يملكه الجيران أيضا فى الحضر والرفقة فى السفر اه ط (قوله والخصومة) وجه الانفراد فيها أنهما لا يجتمعان عليها عادة ، ولو اجتمعا لم يتكلم إلا أحدهما غالبا درر (قوله وشراء حاجة الطفل) أى مالابد له منه كالطعام والكسوة إتقانى لأن فى تأخيره لحوق ضرر به منح (قوله والإتهاب له) أى قبول الهبة للطفل لأن فى تأخيره خشية الفوات قهستانى ، ولأنه ليس من باب الولاية ولهذا تملكه الأم ومن هو فى عياله هداية (قوله وإعتاق عبد معين) لعدم الاحتياج فيه إلى الرأى ، بخلاف إعتاق ما ليس بمعين فإنه محتاج إليه قهستانى : وقد أطلق قاضيخان العبد ولا مانع من حمله على المقيد أفاده ط :

أقول : والظاهر أن هذا كله فيما إذا أوصى بعتق عبد مجانا ، فلو بمال احتاج إلى الرأى فلا بد من الاجتماع تأمل (قوله ورد وديعة) قيد به لأنه لا ينفرد بقبض وديعة الميت سائحانى عن الهندية (قوله وتنفيذ وصية) أى بعين أو بألف مرسلة ابن الشحنة ؛ فلو احتاج إلى بيع شىء ليؤدى من ثمنه الوصية فلا إلا بإذن صاحبه إتقانى ، وقوله معينتين نعت لوديعة ووصية : قال القهستانى لأن لصاحب الحق أخذه بلا دفع الوصى اه :

وفى الظهيرية : أوصى بأن يتصدق بحنطة على الفقراء قبل أن ترفع الجنازة ففعل أحد الوصيين ، إن كانت الحنطة فى ملك الموصى جاز دفعه ، وإلا فإن اشتراها فالحنطة للمشترى والصدقة عن نفسه :

وفى الولوالجية : وعلى الخلاف إذا أوصى بأن يتصدق بكذا من ماله ولم يعين الفقراء فليس له الانفراد ،

زاد فى شرح الوهبانية عشرة أخرى : منها ردالمغصوب ، ومشترى شراء فاسدا ، وقسمة كيلى أو وزنى وطلب دين ، وقضاء دين بجنس حقه (وبيع مايخاف تلفه وجمع أموال ضائعة) وقال أبو يوسف : ينفرد كل بالتصرف فى جميع الأمور ؛ ولو نص على الانفراد أو الاجتماع اتبع اتفاقا شرح وهبانية .

(وإن مات أحدهما ، فإن أوصى إلى الحى أو إلى آخر فله التصرف فى التركة وحده) ولا يحتاج إلى نصب القاضى وصيا (وإلا) يوص (ضم) القاضى (إليه غيره) درر .

وإن عين ينفرد أحدهما بالإجماع اهـ وبه علم تقييد ما فى المتن بكون الفقير الموصى له معينا تأمل (قولهزاد فى شرح الوهبانية الخ) الأولى ذكره بعد العشرة التى ذكرها المصنف على أن مجموع ما ذكره فى شرح الوهبانية سبعة عشر ، فالزائد على ما فى المتن سبعة ذكر الشارح منها أربعة كما ستعرفه ، والثلاثة الباقية حفظ مال اليتيم إذ كل من وقع فى يده وجب عليه حفظه ، ورد ثمن المبيع ببيع من الوصى ، وإجارة نفس اليتيم ، وقد أسقط شارح الوهبانية التكفين ، وأدخله تحت التجهيز ، وذكر بدله صورة أخرى وهى تنفيذ الوصية بالتصدق عنه بكذا من ماله لفقير معين .

أقول وهذه الصورة مكررة لما علمت أن ما فى المتن مقيد بالفقير المعين تأمل . قال ط : وزاد المكى عن الخانية أن لأحدهما قبض تركة الميت إذا لم يكن عليه دين وما هو مودع عنده فى منزله حتى لا يضمن بالهلاك ، وأن لأحدهما التصدق بحنطة فى الوصية بالتصدق بهاقبل رفع الجنازة وأن يودع ما صار فى يده من تركة الميت وإجارة مال اليتيم ورد العوارى والأمانات اهـ وبعض هذه يدخل فى المآل فيما قبلها اهـ (قوله ومشترى) بالبناء للمجهول معطوف على مغصوب : أى رد ما اشتراه الميت شراء فاسداً لأنه لا يبطل الرد بالموت كما مر فى بابه فينفرد أحد الوصيين به . قال ابن الشحنة لأنه ليس من الولاية المستفادة بالوصية بل ملحق بقضاء الدين (قوله وقسمة كيلى أووزنى) أى مع شريك الموصى مثلا ط (قوله وطلب دين) قيد به لأنه لا ينفرد بقبض دين الميت سائحانى عن الهندية ، لأن قبض الدين فى معنى المبادلة لا سيما عند اختلاف الجنس هداية وما فى شرح الوهبانية من أنه ليس له الاقتضاء لا يخالف ما هنا لأن معناه الأخذ كما فى المغرب وأما الذى بمعنى الطلب فهو التقاضى كما فى المغرب أيضا فافهم ، وظاهر كلام الشارح أن قوله وطلب الدين مما زاده فى شرح الوهبانية مع أنه ليس موجودا فيه وإنما ذكره فى النقاية . قال شارحها القهستانى : وهو مستدرك بالخصومة وعليه يدل كلام الذخيرة اهـ(قوله فى جميع الأمور) أى فى هذه المستثنيات وغيرها ، وأشار إلى أن الاستثناء مبنى على قول أبى حنيفة ومحمد ، وقيل إن محمداً مع أبى يوسف (قوله فله التصرف فى التركه وحده) هذا إنما يستقيم فيما إذا أوصى إلى الحى ، وأما إذا أوصى إلى آخر فإنه يجب اجتماعهما اهـ ح ونحوه فى العزمية .

قال فى الهداية ولو أن الميت منهما أوصى إلى الحى فللحى أن يتصرف وحده فى ظاهر الرواية بمنزلة ما إذا أوصى إلى شخص آخر ، ولا يحتاج القاضى إلى نصب وصى آخر لأن رأى الميت باق حكما برأى من يخلفه . وعن أبى حنيفة لا ينفرد بالتصرف لأن الموصى ما رضى بتصرفه وحده ، بخلاف ما إذا أوصى إلى غيره لأنه ينفذ تصرفه برأى المثنى كمارضيه المتوفى اهـ (قوله وإلا يوص ضم القاضى إليه غيره) أما عندهما فظاهر لأن الباقى منهما عاجز عن الانفراد بالتصرف فيضم القاضى إليه وصيا نظرا للميت عند عجز الميت ، وأما عند أبى يوسف فلأن الحى منهما وإن كان يقدر على التصرف فالموصى قصد أن يخلفه وصيان متصرفان فى حقوقه وذلك ممكن التحقيق بنصب وصى آخر مكان الأول زيلعى وهداية ، وهو صريح فى أن أبا يوسف لم يخالف هنا ، وجزم فى الولوالجية بالخلاف وهما قولان كما يذكره الشارح .

وفى الأشباه : مات أحدهما أقام القاضى الآخر مقامه أو ضم إليه آخر ولا تبطل الوصية إلا إذا أوصى لهما أن يتصدقا بثلثه حيث شاءا اه وتمامه فى شرح الوهبانية ،وهل فيه خلاف أبى يوسف ؟ قولان . وعنه أن المشرف ينفرد دون للوصى كما حررته فيما علقته على الملتقى ويأتى .

(ووصى الوصى)سواء أوصى إليه فى ماله أو مال موصيه وقاية (وصى فى التركتين) خلافا للشافعى

[تنبيه] مثل الموت ما لو جن أحدهما أو وجد ما يوجب عزله أقام الحاكم مقامه أمينا فلو أراد الحاكم رد النظر إلى الثانى منهما لم يكن له ذلك بلا خلاف معراج ، لكن فى الولوالجية : وعلى هذا الخلاف لو فسق أحدهما أطلق القاضى للثانى أن يتصرف وحده أو ضم إليه آخر اه تأمل . وفيها وكذا إذا أوصى إليهما ومات فقبل أحدهما فقط أو مات أحدهما قبل موت الموصى ثم قبل الآخر فعندهما لا ينفرد القابل بالتصرف ، وعند أبى يوسف ينفرد (قوله أقام القاضى الآخر مقامه) هذا خلاف ما يقتضيه التعليل المذكور آنفا تأمل (قوله إلا إذا أوصى لهما الخ) الأولى إليهما ، ثم هذا إذا لم يعين المصرف ، فإن عين لا تبطل .

قال فى الولواجية : أوصى إلى رجلين وقال لهما اصرفا ثلث مالى حيث شئتما ثم مات أحدهما بطلت الوصية ورجع الثلث إلى الورثة لأنه علق ذلك بمشيئتهما ولا يتصور ذلك بعد الموت ، ولو قال جعلت ثلث مالى للمساكين يضعه الوصيان حيث شاآ من المساكين فمات أحدهما يجعل القاضى وصيا آخر اه زاد فى الظهيرية : وإن شاء القاضى قال لهذا الثانى ضع وحدك (قوله وهل فيه الخ) أى فيما إذا مات أحدهما ولم يوص إلى غيره : قال القهستانى: فلو مات أحد هذين الوصيين وجب أن ينصب وصيا آخر لعجز الحى عن التصرف وهذا على الخلاف عند مشايخنا ، ومنهم من قال إنه على الوفاق : قال أبو يوسف لأنه تحصيل لما قصد الموصى من إشراف كل منهما على الآخر اه .

أقول : وما قدمناه عن الزيلعى والهداية صريح بأن أبا يوسف وافقهما وصرح فى الولواجية بالخلاف كما علمت (قوله كما حررته الخ) حيث قال : لكن فيه أى فى القول بالوفاق إشعار بأنه لو أشرف على وصى لم ينفرد أحدهما بلا خلاف مع أنه على الخلاف . وعن أبى يوسف أن المشرف ينفرد دون الوصى كما فى القهستانى عن الذخيرة .

قلت : وفى المجتبى جعل للوصى مشرفا لم يتصرف بدونه ، وقيل للمشرف أن يتصرف اه (قوله ويأتى) أى فى الفروع ، والذى يأتى هناك عبارة المجتبى .

[تنبية] المشرف بمعنى الناظر . وفى الهندية : الوصى أولى بإمساك المال ولا يكون المشرف وصيا وأثر كونه مشرفا أنه لا يجوز تصرف الوصى إلا بعلمه اه وبه يفتى كما فى أدب الأوصياء عن الخاصى حامدية ،وقيل يكون وصيا فلا ينفرد أحدهما بما لا ينفرد به أحد الوصيين . وصدّر به قاضيخان فكان معتمداً له على عادته كما أفاده فى زواهر الجواهر .

[فرع] أوصى إلى رجل وأمره أن يعمل برأى فلان فهو الوصى وله العمل بلا رأيه ، ولو قال لا تعمل إلا برأيه فهما وصيان لأن الأول مشورة والثانى نهى ولواجية ، وفى الخانية وهو الأشبه .

[تتمة] لو اختلف الوصيان فى حفظ المال ، فإن احتمل القسمة يكون عند كل منهما نصفه وإلا يتهايآن زمانا أو يستودعانه لأن لهما ولاية الإيداع بيرى عن البدائع (قوله ووصى الوصى) أى وإن بعد كما فى جامع الفصولين أى بأن أوصى هذا الثانى : إلى آخر وهكذا (قوله سواء أوصى إليه فى ماله أو مال موصيه) يوافقه ما فى الملتقى حيث قال : ووصى الوصى وصى فى التركتين ، وكذا إن أوصى إليه فى إحداهما خلافا لهما اه لكن قال الرملى

(وتصح قسمته) أي الوصي حال كونه (نائبا عن ورثة) كبار (غيب أو صغار مع الموصى له) بالثلث (ولا رجوع) للورثة (عليه) أي الموصى له (إن ضاع قسطهم معه) أي الوصي لصحة قسمته حينئذ (و) أما (قسمته عن الموصى له) الغائب أو الحاضر بلا إذنه (معهم) أي الورثة ولو صغارا زيلعي (فلا) تصح، وحينئذ (فيرجع الموصى له بثلث ما بقي) من المال (إذا ضاع قسطه) لأنه كالشريك (معه) أي مع الوصي، ولا يضمن الوصي لأنه أمين؛

(وصح قسمة القاضي وأخذه قسط الموصى له إن غاب) الموصى له فلا شيء له إن هلك في يد القاضي أو أمينه وهذا (في المكيل والموزون) لأنه إفراز (وفي غيرهما لا) تجوز لأنه مبادلة كالبيع، وبيع مال الغير لا يجوز فكذا القسمة (وإن قاسمهم الوصي في الوصية بحج حج) عن الميت (بثلث ما بقي إن هلك) المال (في يده أو) في يد (من دفع إليه ليحج) خلافا لهما

المسألة على أقسام أربعة، لأنه إما أن يبهم فيقول جعلتك وصي من بعدي أو وصيا أو نحوه أو يبين فيقول في تركتي أو يقول في تركة موصي أو يقول في التركتين، فإذا أبهم أو بين فقال في التركتين فهو وصي فيهما عندهم خلافا للشافعي وزفر، وإن قال في تركتي فعن أبي حنيفة روايتان ظاهر الرواية عنه أنه يكون وصيا فيهما لأن تركة موصيه تركته كما صرح به في الاختيار. وعنهما أيضا روايتان أظهرهما أنه يقتصر على تركته، وإن قال في تركة الأول فهو كما قال عندهم كما في التاترخانية عن شرح الطحاوي وكما يرشد إليه تعليل الاختيار إذ ليست تركته تركة الأول بخلاف قوله تركتي لأن تركة موصيه تركته فتناولها اللفظ فاغتنم هذا التحرير فإنه مفرد اهـ. ويمكن أن يخصص ما ذكره الشارح بغير هذه الصورة الأخيرة تأمل (قوله وتصح قسمته الخ) صورته: رجل أوصى إلى رجل وأوصى لآخر بثلث ماله وله ورثة صغار أو كبار غيب فقاسم الوصي مع الموصى له نائبا عن الورثة وأعطاه الثلث وأمسك الثلثين للورثة فالقسمة نافذة على الورثة بخلاف العكس وهو مقاسمته مع الوارث نائبا عن الموصى له لأن الورثة والوصي كلاهما خلف عن الميت فيجوز أن يكون الوصي خصما عنهم وقائما مقامهم: وأما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه فلا يكون بينه وبين الوصي مناسبة حتى يكون خصما عنه وقائما مقامه في نفوذ القسمة عليه، وتمامه في العناية؛

وذكر الإمام المحبوبي عن مبسوط شيخ الإسلام أنه في الأولى تجوز في العروض والعقار او الورثة صغارا وإلا ففي العروض فقط، وفي الثانية تبطل فيهما كما في الكفاية والمعراج وغيرهما، وبه جزم الزيلعي: قال في العناية والفرق بين المنقول والعقار أن الورثة لو صغارا فللوصي بيعهما ولو كباراً فليس له بيع العقار عليهم، وله بيع المنقول فكذا القسمة لأنها نوع بيع اهـ.

أقول: وهذا إذا لم يكن في التركة دين وإلا فله بيع العقار أيضا كما سيأتي ثم اعلم ان المراد إفراز حصة الصغار عن غيرهم أما او أراد إفراز حصة كل من الصغار عن الآخر لا يجوز، وسيأتي تمامه آخر الوصايا في الفروع (قوله غيب) أي مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا قهستاني (قوله فيرجع الموصى له بثلث ما بقي) أي في أيدي الورثة إن كان قائما وإن هلك في أيديهم فله أن يضمنهم قدر ثلث ما قبضوا وإن شاء ضمن الوصي ذلك القدر لأنه متعد فيه بالدفع إليهم والورثة بالقبض فيضمن أيهما شاء زيلعي، وهذا إذا كانت القسمة بغير أمر القاضي، أما لو قسم بأمره جاز فلا يرجع مسكين (قوله لأنه كالشريك) أي للورثة فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة ويبقى ما يبقى عليها زيلعي (قوله معه) متعلق بضاع (قوله لأنه أمين) أي وله ولاية الحفظ زيلعي (قوله وصح قسمة القاضي) لأنه ناظر في حق العاجز وإفراز نصيب الغائب وقبضه من النظر فنفذ ذلك عليه وصح زيلعي (قوله حج عن الميت بثلث ما بقي) أي من منزل الآمر أو من حيث يبلغ وهكذا إن هلك ثانيا وثالثا إلا أن لا يبقى من ثلثه ما يبلغ الحج فتبطل الوصية كما مر في باب الحج عن الغير (قوله خلافا لهما) فقال أبو يوسف إن كان المفرز

وقد تقرر فى المناسك (ولو أفرز الميت شيئا من ماله للحج فضاع بعد موته لا) يحج عنه بثلث مابقى لأنه عينه فإذا هلك بطلت :

(وصح بيع الوصى عبدا من التركة بغيبة الغرماء) للغرماء لتعلق حقهم بالمالية (وضمن وصى باع ما أوصى ببيعه وتصدق بثمنه فاستحق العبد بعد هلاك ثمنه) أى ضياعه (عنده) لأنه العاقد فالعهدة عليه (ورجع) الوصى (فى التركة) كلها : وقال محمد فى الثلث : قلنا إنه مغرور فكان دينا ، حتى لو هلكت التركة أو لم تف فلا رجوع وفى المنتقى أنه يرجع على من تصدق عليهم لأن غنمه لهم فغرمه عليهم (كما يرجع فى مال الطفل وصى باع ما أصابه) أى الطفل (من التركة وهلك ثمنه معه فاستحق) المال المبيع والطفل يرجع على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما أصابه (وصح احتياله بمال اليتيم لو خيرا) بأن يكون الثانى أملأ ، ولو مثله لم يجز منية (وصح بيعه وشراؤه من أجنبى بما يتغابن الناس)

مستغرقا للثلث بطلت الوصية ولم يحج عنه ، وإن لم يكن مستغرقا للثلث يحج عنه بما بقى من الثلث إلى تمام ثلث الجميع : وقال محمد : لا يحج عنه بشئ وقد قررناه فى المناسك زيلعى (قوله لتعلق حقهم بالمالية) أى لا بالصورة ، والبيع لا يبطل المالية لفواتها إلى خلف وهو الثمن ، بخلاف العبد المأذون له فى التجارة حيث لا يجوز للمولى بيعه لأن لغرمائه حق الاستسعاء ، بخلاف ما نحن فيه زيلعى (قوله باع ما أوصى ببيعه) أى باع عبداً ، ولو صرح به كغيره لـكان أظهر لقوله فاستحق العبد (قوله أى ضياعه) الظاهر أن المراد بالهلاك ما يعم التصدق لما سيأتى (قوله لأنه العاقد) تعليل لقوله وضمن وصى (قوله قلنا أنه مغرور) أى لأن الميت لما أمره ببيعه والتصدق بثمنه كأنه قال هذا العبد ملـكى عناية (قوله فلا رجوع) أى لا على الورثة ولا على المساكين إن كان تصدق عليهم لأن البيع لم يقع إلا للميت فصار كما إذا كان على الميت دين آخر عناية (قوله وفى المنتقى الخ) قال فى العناية : وهذه الرواية تخالف رواية الجامع الصغير ، ووجه رواية الجامع الصغير أن الميت أصل فى غنم هذا التصرف وهو الثوب والفقير تبع اهـ (قوله ولو مثله لم يجز) هو أحد قولين : قال فى الـكفاية : وأشار فى الـكتاب إلى أنه لايجوز اهـ أى حيث قيد الجواز بالإملاء ، وهذا إذا ثبت الدين بمداينة الميت ، فلو بمداينة الوصى يجوز سواء كان خيرا لليتيم أو شراً له إلا أنه إذا كان خيراً له جاز بالاتفاق ، حتى إذا أدرك ليس له نقض ذلك ، وإن كان شراً له جاز : ويضمن الوصى لليتيم عندهما ، وعند أبى يوسف لايجوز إتقانى عن شرح الطحاوى (قوله وصح بيعه وشراؤه) أطلقهما فشمل النقد والنسيئة إلى أجل متعارف لـكن من ملىء ، فلو مفلس فسيأتى فى الفروع آخر الوصايا : قال فى الخانية : وإذا باع شيئا من تركة الميت بنسيئة ، فإن كان يتضرر به اليتيم بأن كان الأجل فاحشا لايجوز اهـ رملى (قوله من أجنبى) أى عن الميت وعن الوصى ، فلو باع من نفسه فسيأتى ، أو باع ممن لاتقبل شهادته له أو من وارث الميت لا يجوز :

قال فى جامع الفصولين : بيع المضارب ممن لاتجوز شهادته له بمحاباة قليلة لم يجز ، وكذا الوصى لو باع من هؤلاء ، فلو بمثل قيمته جاز ، ولو باع وارث صحيح من مورثه المريض أو شرى منه بقيمته لم يجز عند أبى حنيفة ، ولو بيسير الغبن لم يجز إجماعا لأنه كوصية له ووصى الميت لو عقد مع الوارث بمثل القيمة فعلى الخلاف اهـ :

[تنبيه] قال فى الخانية : يتيمان لـكل منهما وصى لم يجز لأحد الوصيين الشراء ليتيمه من الوصى الآخر لأن

لا بما لايتغابن وهو الفاحش لأن ولايته نظرية ، فلو باع به كان فاسدا حتى يملكه المشترى بالقبض قهستانى ، وهذا إذا تبايع الوصى للصغير مع الأجنبى (وإن باع) الوصى (أو اشترى) مال اليتيم (من نفسه ، فإن كان وصى القاضى لايجوز ذلك مطلقا) لأنه وكيله (وإن كان وصى الأب جاز بشرط منفعة ظاهرة للصغير) وهى قدر النصف زيادة أو نقصا ، وقالا : لايجوز مطلقا .

(وبيع الأب مال صغير من نفسه جائز بمثل القيمة وبما يتغابن فيه) وهو اليسير وإلا لا وهذا كله فى المنقول ، أما فى العقار فسيجىء .

تصرفات الأوصياء مقيدة بالخيرية والنظر لليتيم ، فلو وجدت الخيرية هنا من أحدهما لا توجد من الآخر البتة فلا يجوز تصرفه اهـ .

أقول : هو مشكل لأن كلا منهما أجنبى عن الآخر ولم يشتر لنفسه بل ليتيمه فلا تشترط الخيرية فليتأمل ، اللهم إلا أن يقيد ذلك بالعقار وكان بيعه لغير النفقة ونحوها فإنه لابد حينئذ أن يباع بضعف القيمة كما يأتى وبه يظهر التعليل ، ويظهر لى أن هذا هو المراد ، والله أعلم (قوله لا بما لا يتغابن) الصحيح فى تفسيره أنه مالايدخل تحت تقويم المقومين كما فى البحر والمنح وغيرهما (قوله لأن ولايته نظرية) ولا نظر فى الغبن الفاحش بخلاف اليسير لأنه يمكن التحرز عنه زيلعى (قوله كان فاسدا) هو ثانى قولين حكاهما فى القنية ، والأول أنه باطل لا يملكه المشترى بالقبض (قوله حتى يملكه المشترى بالقبض) وهل يضمن الوصى الغبن الفاحش الظاهر (١) نعم ط .

[تنبيه] المريض المديون لو باع بمحاباة لايجوز بخلاف وصيه بعد موته ، وهذا من عجيب المسائل حيث ملك الخلف المحاباة لا المالك أفاده فى الفصولين (قوله وهذا إذا تبايع الوصى الخ) لا حاجة إليه لتصريح المصنف به ط (قوله وإن باع الوصى) أى ماله من اليتيم (قوله من نفسه) متعلق باشترى والضمير للوصى (قوله لأنه وكيله) أى القاضى وفعل الوكيل كفعل الموكل وفعل الموكل قضاء وهو لا يقضى لنفسه ط (قوله وهى قدر النصف زيادة أو نقصا) الزيادة راجعة إلى الشراء والنقص إلى البيع .

قال الزيلعى : تفسير المنفعة الظاهرة أن يبيع ما يساوى خمسة عشر بعشرة من الصغير أو يشترى ما يساوى عشرة بخمسة عشر لنفسه من مال الصغير اهـ . قال فى أدب الأوصياء : وفى المنتقى وبه يفتى . وفى الخانية : وبهذا فسر الخيرية الإمام السرخسى فى غير العقار وهى فى العقار عند البعض أن يشترى بضعف القيمة ويبيع بنصفها ، وفى الحافظية : يجوز بيع الوصى من نفسه وشراؤه إن كان فيهما نفع ظاهر كبيع ما يساوى تسعة بعشرة وشراء عشرة بتسعة .

قلت وأما فى العقار فلا شك أن الخيرية فى الشراء التضعيف وفى البيع التنصيف(٢) لأنه لايقدر على بيعها من الغير إلا بالضعف كما مر فكيف يسوغ له الشراء لنفسه بالأقل ؟ وأرى زيادة الاثنين فى العشرة ونقصه منها فيما عدا العقار كافيا فى الخيرية لأنه الغبن الفاحش الذى لايتحمله الناس اهـ ما فى أدب الأوصياء ملخصا ، وبه علم أن صحة شرائه غير خاصة فى المنقول فافهم (قوله وبيع الأب الخ) مثله ما إذا باعه من أجنبى فثلاث صور

---

(١) (قوله الظاهر نعم) قال شيخنا قد ذكروا فيما لو أجر متولى الوقف بأقل من أجر المثل أنه يتمم أجر المثل على المستأجر ولا شىء على الناظر ، فمقتضى هذا أن يكون تمام القيمة على المشترى ولا شىء على الوصى بل هذا أولى لأن الإجارة بيع المنافع وهى ليست بمال حقيقة وإنما جوزنا بيعها للضرورة فليتأمل اهـ .

(٢) (قوله وفى البيع التنصيف الخ) هذا غير مسلم بدليل التعليل تأمل اهـ .

(ولو زاد الوصى على كفن مثله فى العدد ضمن الزيادة ، وفى القيمة وقع الشراء له ، و) حينئذ (ضمن مادفعه من مال اليتيم) ولوالجية .

(و) فيها (لو دفع المال إلى اليتيم قبل ظهور رشده بعد الإدراك فضاع ضمن) لأنه دفعه إلى من ليس له أن يدفع إليه (وجاز بيعه) أى الوصى (على الكبير) الغائب (فى غير العقار) إلا الدين أو خوف هلاكه ذكره عزمى زاده معزيا للخانية .

فى حكم واحد ، وهى بيع الأب من نفسه أو من أجنبى ، وبيع الوصى من أجنبى ط .

قلت : وهذا لو الأب عدلا أو مستورا ، فلو فاسدا ففى بيعه المنقول روايتان كما سيأتى والشراء كالبيع .
وقال فى جامع الفصولين : للأب شراء مال طفله لنفسه بيسير الغبن لا بفاحشه اه .

وفيه : لو باع ماله من ولده لايصير قابضا لولده بمجرد البيع ، حتى لو هلك قبل التمكن من قبضه حقيقة هلك على الوالد ، ولو شرى مال ولده لنفسه لايبرأ عن الثمن حتى ينصب القاضى وكيلا لولده يأخذ الثمن ثم يرده على الأب ويتم البيع بقوله بعت من ولدى ولا يحتاج إلى قوله قبلت وكذا الشراء ، ولو وصيا لم يجز فى الوجهين مالم يقل قبلت ، وجاز للأب لا لوكيله ولا للوصى بيع مال أحد الصغيرين من الآخر ، ولو وكل الأب وكيلين بذلك جاز وفى بيع القاضى ذلك خلاف ، ولو وكل الأب رجلا ببيع ماله من طفله أو الشراء منه لم يجز إلا إذا كان الأب حاضرا ولم يجز للقاضى بيع مال اليتيم من نفسه وعكسه إذ الجواز من القاضى على وجه الحكم ولايجوز حكمه لنفسه ، بخلاف ماشراه من وصيه أو باعه من اليتيم وقبل وصيه فإنه يجوز ولو وصيا من جهة هذا القاضى اه ملخصا (قوله ضمن الزيادة) أى إلا إذا أوصى بها وكانت تخرج من الثلث ط (قوله وقع الشراء له) لأنه متعد فى الزيادة وهى غير متميزة فيكون متبرعا بتكفين الميت به رحمتى (قوله قبل ظهور رشده) الرشد هو كونه مصلحا فى ماله كما مر فى الحجر ، وقدمنا هناك أن ظهوره بالبينة ، ولو ظهر رشده ولو قبل الإدراك فدفع إليه لايضمن كما فى الخانية (قوله ضمن) هذا قول الصاحبين بدليل التعليل : وقال الإمام بعدم الضمان إذا دفعه بعد خمس وعشرين سنة لأن له حينئذ ولاية الدفع إليه ط (قوله وجاز بيعه الخ) بيان المسألة أنه إذا لم يكن على الميت دين ولا وصية فإن الورثة كبارا حضورا لايبيع شيئا ، ولو غيبا له بيع العروض فقط ، وإن كلهم صغارا يبيع العروض والعقار ، وإن البعض صغارا والبعض كبارا فكذلك عنده . وعندهما يبيع نصيب الصغار ولو من العقار دون الكبار إلا إذا كانوا غيبا فيبيع العروض ، وقولهما القياس وبه نأخذ ، وإن كان على الميت دين أو أوصى بدراهم ولا دراهم فى التركة والورثة كبار حضور ، فعنده يبيع جميع التركة ، وعندهما لايجوز إلا بيع حصة الدين اه ملخصا من غاية البيان عن نكت الوصايا لأبى الليث (قوله إلا الدين) أى فله بيع العقار ، لكنه يوهم أنه مقيد بكون الكبير غائبا وليس كذلك كما مر .

وفى العناية قيد بالغيبة لأنهم إذا كانوا حضورا ليس للوصى التصرف فى التركة أصلا إلا إذا كان على الميت دين أو أوصى بوصية ولم تقض الورثة الديون ولم ينفذوا الوصية من مالهم فإنه يبيع التركة كلها إن كان الدين محيطا ، وبمقدار الدين إن لم يحط ، وله بيع مازاد على الدين أيضا عند أبى حنيفة خلافا لهما وينفذ الوصية بمقدار الثلث ، ولو باع لتنفيذها شيئا من التركة جاز بمقدارها بالإجماع وفى الزيادات الخلاف المذكور فى الدين اه .
قال فى أدب الأوصياء وبقولهما يفتى كذا فى الحافظية والغنية وسائر الكتب اه ومثله فى البزازية .

[تنبيه] قال فى القنية لايملك الوصى بيع جزء شائع من دار اليتيم للنفقة إذا وجد من يشترى جزءا معينا منها

قلت : وفى الزيلعى والقهستانى الأصح لا لأنه نادر ، وجاز بيعه عقار صغير من أجنبى لا من نفسه بضعف قيمته ، أو لنفقة الصغير أو دين الميت ، أو وصية مرسلة لا نفاذ لها إلا منه ، أو لكون غلاته لاتزيد على مؤنته ، أو خوف خرابه أو نقصانه ، أوكونه فى يد متغلب درر وأشباه ملخصا .

قلت : وهذا لو البائع وصيا لا من قبل أم أو أخ فإنهما لايملكان بيع العقار مطلقا ولا شراء غير طعام وكسوة ولو البائع أبا فإن محمودا عند الناس أو مستور الحال يجوز ابن كمال (ولا يتجر) الوصى (فى ماله)

لأنه تعييب للباقى اه (قوله الأصح لا) راجع إلى قوله أو خوف هلاكه (قوله لأنه) أى الهلاك نادر .

قال فى المعراج : وقال بعضهم لايملك وهو الأصح لأن الدار لاتهلك غالبا فيبنى الحكم عليه لا على النادر اه (قوله وجاز بيعه عقار صغير الخ) أطلق السلف جواز بيعه العقار وقيده المتأخرون بالشروط المذكورة كما فى الخانية وغيرها . قال الزيلعى : قال الصدر الشهيد وبه يفتى : أى بقول المتأخرين ، وما فى الأشباه من أنه لايجوز عند المتقدمين سبق قلم فتنبه (قوله لا من نفسه) قال ابن الكمال : وقولهم أجنبى يؤذن أن بيعه من نفسه لايجوز لأن العقار من أنفس الأموال فإذا باع من نفسه فالتهمة ظاهرة اه .

وفيه أنه إذا كان بضعف القيمة لايتأتى معه التهمة فلعل القيد اتفاقى ، يؤيده مافى الهندية : لو اشترى الوصى عقار اليتيم لنفسه جاز لو خيرا بأن يأخذه بضعف القيمة عند البعض اه أفاده السائحانى ، وقدمنا مثله عن أدب الأوصياء ، وقوله عند البعض قيد لقوله بأن يأخذه الخ لا للجواز كما يعلم مما قدمناه (قوله أو لنفقة) أى وإن كان بمثل القيمة أو بغبن يسير ط .

أقول : وكذا يقال فيما بعده فيما يظهر بدليل جعله مقابلا للأول (قوله أو دين الميت) أى دين على الميت لا وفاء له إلا ببيعه خانية ، لكن يبيع بقدر الدين فقط على المفتى به كما قدمناه وكذا فى الوصية (قوله مرسلة) تقدم تفسيرها بالتى لم تقيد بكسر كثلث أو ربع مثلا ، وذلك كما إذا أوصى بمائة مثلا (قوله أو خوف خرابه) تقدم فى عقار الكبير الغائب أن الأصح أنه لايبيعه لذلك ، والظاهر أنه لايجرى التصحيح هنا لأن المنظور إليه هنا منفعة الصغير ولذا جاز هنا فى بعض هذه الصور مالا يجوز فى عقار الكبير تأمل (قوله أوكونه فى يد متغلب) كأن استرده منه الوصى ولا بينة له وخاف أن يأخذه المتغلب منه بعد ذلك تمسكا بما كان له من اليد فللوصى بيعه وإن لم يكن لليتيم حاجة إلى ثمنه كما فى بيوع الخانية (قوله لا من قبل أم أو أخ) أى أو نحوهما من الأقارب غير الأب والجد والقاضى ، ويأتى آخر الباب تمام الكلام فى ذلك (قوله مطلقا) أى ولو فى هذه المستثنيات ، وإذا احتاج الحال إلى بيعه يرفع الأمر إلى القاضى ط (قوله يجوز) فليس للصغير نقضه بعد بلوغه إذ للأب شفقة كاملة ، ولم يعارض هذا المعنى معنى آخر فكان هذا البيع نظرا للصغير ، وإن كان الأب فاسدا لم يجز بيعه العقار فله نقضه بعد بلوغه هو المختار إلا إذا باعه بضعف القيمة إذ عارض ذلك المعنى معنى آخر ، ويجوز بيع منقوله فى رواية ويوضع ثمنه فى يد عدل ، وفى رواية لا إلا بضعف قيمته : وبه يفتى جامع الفصولين وسيأتى فى الفروع .

[تنبيه] ظاهر كلامهم هنا أنه لايفتقر بيع الأب عقار ولده إلى المسوّغات المذكورة فى الوصى . ونقل الحموى فى حواشى الأشباه من الوصايا أن الأب كالوصى لايجوز له بيع العقار إلا فى المسائل المذكورة كما أفتى به الحانوتى اه . ثم رأيت فى مجموعة شيخ مشايخنا منلا على التركمانى : قد نقل عبارة الحموى المذكورة . ثم قال مانصه : وهو مخالف لإطلاق مافى الفصول وغيره ولم يستند الحانوتى فى ذلك إلى نقل صحيح ، ولكن إذا صارت المسوّغات فى بيع الأب أيضا كما فى الوصى صار حسنا مفيدا أيضا لأن الأخذ بالاتفاق أوفق هكذا أفادنيه

أى اليتيم (لنفسه) فإن فعل تصدق بالربح (وجاز) لو اتجر من مال اليتيم (لليتيم) وتمامه فى الدرر ؛

قلت : وفى الأشباه لايملك الوصى بيع شئ بأقل من ثمن المثل لا فى مسألة الوصية ببيع عبده من فلان ؛ وفيها فى الكلام فى أجر المثل : للمتولى أجر مثل عمله ، فلو لم يعمل لا أجر له ،

شيخنا الشيخ محمد مراد السقامينى رحمه الله تعالى اه (قوله فإن فعل تصدق بالربح) أى عندهما ويضمن رأس المال ، وعند أبى يوسف يسلم له الربح ولا يتصدق بشئ خانية : وفيها : ولا يملك إقراض مال اليتيم ، فإن أقرض ضمن والقاضى يملكه : والصحيح أن الأب كالوصى لا كالقاضى ، ولو أخذه الوصى قرضا لنفسه لايجوز ويكون دينا عليه . وقال محمد : وأما أنا أرجو أنه لو فعل ذلك وهو قادر على القضاء لابأس به اه :

وفى جامع الفصولين : القاضى إنما يملك الإقراض إذا لم يجد مايشتريه يكون غلة لليتيم لا لو وجده أو وجد من يضارب ؛ وفى الحاوى الزاهدى : القاضى يأمر الوصى بالاتجار والشركة فى مال اليتيم دون المعاملة لأجل الربح اه . وأفاد الرملى أن مايفعله بعض جهلة القضاة أنهم يقضون بالربح من غير معاملة فى ماله إذا عومل فيه أول مرة ويستندون فى ذلك لمن لايعبأ بكلامه فى المذهب فهو قضاء بالربا المحرم فى سائر الأديان بمجرد خيالات فاسدة وهى النظر إلى اليتيم ، وهل فيما حرم الله تعالى نظر ماهذا إلا ضلال بعيد (قوله وجاز الخ) أفاد أنه لايجبر الوصى على التجارة والتصرف بمال اليتيم ، وبه صرح فى نور العين عن مجمع الفتاوى ؛ وقال البيرى : الوصى إذا امتنع من التصرف لايجبر كما فى الخلاصة . وفى الحاوى الحصيرى قال محمد بن مقاتل : لو كان للميت على الناس ديون فليس للورثة أن يأخذوا الوصى باستخراج ذلك وقضائه اه ؛

[تتمة] لو أجره الأب أو الجد أو الوصى صح إذ لهم استعماله بلا عوض للتهذيب والرياضة فبالعوض أولى ، والوصى لو استأجره لنفسه صح لا لو أجر نفسه لليتيم ، ولو أجر الأب نفسه له صح وله قضاء دينه من مال ولده بخلاف الوصى ، ولهما بيع ماله بدين نفسهما كرهنه به ؛ ولا بأس للأب أن يأكل من ماله بقدر حاجته لو محتاجا ولا يضمن ؛ بخلاف الوصى إلا إذا كان له أجرة فيأكل بقدرها ، وليس للوصى فى هذا الزمان أخذ مال اليتيم مضاربة ولا إقراض ماله ، ولو أقرض لا يعد خيانة فلا يعزل بها ، وله أن يوكل بكل مايجوزله أن يعمله بنفسه ، وتمام الفروع فى ٢٧ من جامع الفصولين (قوله بأقل من ثمن المثل) لعله محمول على الغبن الفاحش وإلا فقدم المصنف صحة بيعه وشرائه بما يتغابن الناس فيه ط (قوله إلا فى مسألة الوصية ببيع عبده من فلان) تمام عبارة الأشباه فلم يرض الموصى له بثمن المثل فله الحط اه أى إلى قدر ثلث المال :

قال البيرى : وفى تلخيص الكبرى أوصى بأن تباع أمته ممن أحبت جاز وتجبر ورثته على بيعها ممن أحبت ، ولو أبى ذلك الرجل أخذها بقيمتها حط من قيمتها قدر ثلث مال الموصى زاد فى الحاوى أنه يكون كالوصية اه ؛ قال أبو السعود : وانظر إذا كان جميع قيمتها يخرج من ثلث ماله هل تعطى له بدون ثمن ، وقول الحاوى يكون كالوصية يقتضيه اه :

أقول : فيه بحث فإنه أوصى ببيعها لا بدفعها مجانا والبيع لابد فيه من ثمن وإن قل ، فهو وصية من حيث المحاباة إلى الثلث لا من كل وجه ،وقول الحاوى كالوصية يقتضيه حيث أتى بكاف التشبيه فتدبر (قوله للمتولى أجر مثل عمله) حتى لو كان الوقف طاحونة يستغلها الموقوف عليهم فلا أجر له فيها كما فى الخانية وهذا فى ناظر لم يشرط له الواقف شيئا كما فى الأشباه ط ؛

أقول : وفى تعبيره بأجر المثل إشارة إلى أن القاضى ليس له أن يجعل له أكثر منه ، حتى لو جعل له العشر كما هو المتعارف ، فإن كان أكثر من أجر المثل يرد الزائد كما حققه العلامة البيرى فى كتاب القضاء من شرحه

وأما وصى الميت فلا أجر له على الصحيح ، وهذا إذا عين القاضى للمتولى أجرا ، فإن لم يعين وسعى فيه سنة فلاشىء له وعزاه للقنية ثم ذكر مايخالفه فافهم ، وقد مر فى الوقف . وأما وصى القاضى ، فإن نصبه بأجر مثله جاز اه .

وفى القهستانى معزيا للذخيرة ولو كانوا صغارا وكبارا باع حصة الصغار كما مر ، وكذا الكبار على مامر من التفصيل . ونقل عن العمادية أن فى بيعه للعقار وفاء اختلاف المشايخ ، وجوّزه صاحب الهداية

على الأشباه فراجعه فإنه مهم . وأما لو شرط له الواقف شيئا فله أخذه وإن زاد على أجر المثل لأنه من الموقوف عليهم كما فى البحر (قوله وأما وصى الميت فلا أجر له على الصحيح) تعقبه الرملى فى فتاواه بما مر عن جامع الفصولين من أن الوصى لايأكل من مال اليتيم ولو محتاجا إلا إذا كان له أجرة فيأكل بقدرها . قال : وفى الخانية والبزازية : له ذلك لو محتاجا استحسانا .

وقد تقرر أن المأخوذ به الاستحسان إلا فى مسائل ليست هذه منها . ونقل القنية لايعارض نقل قاضيخان فإنه من أهل الترجيح اه ملخصا : وقال فى حاشيته على الأشباه أواخر كتاب الأمانات بعد كلام طويل : ولا يخفى أن وصى الميت إذا امتنع عن القيام بالوصية إلا بأجر لايجبر على العمل لأنه متبرع ولا جبر على المتبرع ، فإذا رأى القاضى أن يعمل له أجرة المثل فما المانع منـــه ؟ وهى واقعة الفتوى وقد أفتيت به مرارا اه وبه أفتى فى الحامدية أيضا .

أقول : وعبارة الخانية وعن نصير : للوصى أن يأكل من مال اليتيم ويركب دوابه إذا ذهب فى حوائج اليتيم . وقال بعضهم : لايجوز وهو القياس . وفى الاستحسان يجوز أن يأكل بالمعروف إذا كان محتاجا بقدر ماسعى اه .

أقول تقييده بالاحتياج موافقا لقوله تعالى — ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف — لايدل على جواز الأجرة لغير المحتاج ، ويأتى تمام الكلام على الأكل فى الفروع ولم يذكر ما إذا استأجره الميت .

وفى الخانية : أوصى إلى رجل واستأجره بمائة درهم لإنفاذ وصيته ، قالوا لايكون إجارة لأنه إنما يصير وصيا بعد الموت والإجارة تبطل به بل يكون صلة فيعطى له من الثلث .

قال لك أجر مائة على أن تكون وصيى اختلفوا فيه . قال نصير : الإجارة باطلة ولا شىء له . وقال أبو سلمة : الشرط باطل والمائة وصية له ويكون وصيا ، وبه أخذ أبو جعفر وأبو الليث اه (قوله وهذا) أى ثبوت أجر المثل للمتولى إذا عين الخ فلو كان أكثر فليس له إلا أجر مثل عمله ، ولو أجر المثل أكثر ليس له إلا ماعين له لرضاه به هذا ماظهر ط (قوله وسعى فيه سنة) أى مثلا ط (قوله فلا شىء له) لسعيه متبرعا (قوله ثم ذكر) أى فى الأشباه عن القنية مايخالفه حيث قال إنه يستحق وإن لم يشرط له القاضى (قوله فافهم) تنبيه على مابين كلاميه من المخالفة أو على اختيار الثانى لتأخره ، وبه أفتى فى الخيرية ناقلا عن البحر أن القيم يستحق أجر سعيه سواء شرطه له أو لا لأنه لايقبل القوامة ظاهرا إلا بأجر والمعهود كالمشروط اه (قوله وقد مر فى الوقف) الذى فى موضعين منه أن له أجر مثل عمله وكأنه استفاد من إطلاقه أن له ذلك وإن لم يشترط له تأمل (قوله جاز) فلو أراد أجرة لعمله قبل فرض القاضى ليس له ذلك لشروعه متبرعا كما فى الخيرية (قوله كما مر) أى من أنه يبيع المنقول بما يتغابن فيه دون العقار إلا فى المستثنيات (قوله على مامر من التفصيل) أى من أنه يبيع على الكبير الغائب فى غير العقار إلا لدين (قوله وفاء) بالنصب مفعول مطلق : أى بيع وفاء وهو المسمى بيعا جائزا وبيع طاعة ، وتقدم الكلام عليه قبيل الكفالة : قال فى جامع الفصولين : للوصى بيع العقار بيعا بالوفاء ،

لأن فيه استيفاء ملكه مع دفع الحاجة وإن لغير الوصى التصرف لخوف متغلب وعليه الفتوى وتمامه فيما علقته على الملتقى (ولا يجوز إقراره بدين على الميت ولا بشىء من تركته أنه لفلان إلا أن يكون المقر وارثا فيصح فى حصته، ولو أقر) الوصى (بعين لآخر ثم ادعى أنه للصغير لايسمع) درر؛

(ووصى أبى الطفل أحق بماله من جده

وقيل لا اه (قوله لأن فيه استيفاء ملكه) بناء على الصحيح من أنه منزل منزلة الرهن (قوله وتمامه فيما علقته على الملتقى) حيث قال : وإنما لم يحصر التصرف فى الوصى إشارة إلى جواز تصرف غيره كما إذا خاف من القاضى على ماله أى مال الصغير فإنه يجوز لواحد من أهل السكة أن يتصرف فيه ضرورة استحسانا وعليه الفتوى ذكره القهستانى (قوله ولا يجوز إقراره بدين على الميت) لأنه إقرار على الغير منح ، فلا يجوز للمقر له أخذه حتى يقيم برهانا ويحلف يمينا ويضمن الوصى لو دفع إلى المقر له ط فلولا بينة له والوصى يعلم بالدين فالحيلة(١) ما فى الخانية والخلاصة عن نصير أنه إن كان فى التركة صامت يودعه قدر الدين وإلا يبيعه من التركة بقدره ثم يجحد الغريم ذلك فيصير قصاصا . قال فى أدب الأوصياء عن الخاصى : والفتوى عليه؛

وفى الخانية أيضا : شهد عنده عدل أن لهذا الرجل على الميت ألف درهم . حكى عن أبى سليمان أنه قال وسع الوصى أن يعطيه إلا أن يخاف على نفسه الضمان ، قيل له فإن كان جارية بعينها يعلم أن الميت غصبها منه قال يدفعها إليه(٢) وإلا صار غاصبا ضامنا(قوله فيصح فى حصته) أى يصح إقراره فيها فيؤخذ جميع ما أقر به من حصته فافهم وهذا بخلاف ما إذا أقر بالوصية بالثلث حيث يلزمه فى ثلث حصته كما تقدم قبيل باب العتق فى المرض ، وقيل الدين كذلك فيلزمه قدر مايخص حصته منه ، واختاره أبو الليث كما ذكره المصنف فى كتاب الإقرار قبيل باب الاستثناء؛

[فرع] تركة فيها دين لم يستغرق قسمت فجاء الغريم فإنه يأخذ من كل منهم حصته من الدين ، وهذا إذا أخذهم جملة عند القاضى ، أما لو ظفر بأحدهم أخذ منه جميع مافى يده جامع الفصولين (قوله ولو أقر بعين) أى فى يده كما فى أدب الأوصياء وهذا إذا لم تكن من التركة وإلا لايجوز إقراره لقوله قبله ولا بشىء من تركته (قوله لاتسمع) لتناقضه لأن إقراره وإن كان لايمضى على غيره فهو يمضى عليه حتى لو ملكها يوما أمر بدفعها إلى المقر له ط (قوله ووصى أبى الطفل أحق الخ) الولاية فى مال الصغير للأب ثم وصيه ثم وصى وصيه ولو بعد، فلو مات الأب ولم يوص فالولاية لأبى الأب ثم وصيه ثم وصى وصيه فإن لم يكن فللقاضى ومنصوبه ؛ ولو أوصى إلى رجل والأولاد صغار وكبار فمات بعضهم وترك ابنا صغيرا فوصى الجد وصى لهم يصح بيعه عليه كما صح على أبيه فى غير العقار فليحفظ . وأما وصى الأخ والأم والعم وسائر ذوى الأرحام ففى شرح الإسبيجابى أن لهم بيع تركة الميت لدينه أو وصيته إن لم يكن أحد ممن تقدم لا بيع عقار الصغار إذ ليس لهم إلا حفظ المال ولا الشراء للتجارة ولا التصرف فيما يملكه الصغير ، من جهة موصيهم(٣) مطلقا لأنهم بالنظر إليه أجانب ، نعم لهم شراء مالا بد منه من الطعام والكسورة وبيع منقول ورثة اليتيم من جهة الموصى لكونه من الحفظ لأن حفظ الثمن أيسر من حفظ العين اه من أدب الأوصياء وغيره

---

(١) (قوله فالحيلة الخ) فيه أن المودع والمشترى يحلفان حال الجحود فلا تتم الحيلة إلا أن يحلفه القاضى على الحاصل اه .

(٢) (قوله يدفعها إليه) أى ويضمن الورثة ارتكابا لأخف الضررين ، فإنه إن لم يدفعها يضمن أيضا ويكون آثما بخلاف حالة الدفع إذ لاشىء فيها إلا الضمان للورثة تأمل اه .

(٣) (قوله من جهة موصيهم) لعل الصواب زيادة لفظ غير بدليل التعليل وبدليل قوله نعم لهم شراء مالا بد منه من الطعام والكسوة وبيع منقول ورثة اليتيم من جهة الموصى اه .

وإن لم يكن وصيه فالجد) كما تقرر فى الحجر فى المنية ليس للجد بيع العقار والعروض لقضاء الدين وتنفيذ الوصايا بخلاف الوصى فإن له ذلك انتهى ، والله أعلم .

فصل فى شهادة الأوصياء

(وبطلت شهادة الوصيين لوارث صغير بمال) مطلقا (أو كبير بمال الميت وصحت) شهادتهما (بغيره) أى بغير مال الميت لانقطاع ولايتهما عنه فلا تهمة حينئذ (كشهادة رجلين لآخرين بدين ألف على ميت و) شهادة (الآخرين للأولين بمثله ، بخلاف شهادة كل فريق بوصية ألف) وقال أبو يوسف : لا تقبل فى الدين أيضا ، وقد تقدم فى الشهادات (أو) شهادة (الأولين بعبد والآخرين بثلث ماله) أو الدراهم المرسلة

وفى جامع الفصولين : والأصل فيه أن أضعف الوصيين(١) فى أقوى الحالين كأقوى الوصيين فى أضعف الحالين وأضعف الوصيين وصى الأم والأخ والعم وأقوى الحالين حال صغر الورثة وأقوى الوصيين وصى الأب والجد والقاضى وأضعف الحالين حال كبر الورثة ثم وصى الأم فى حال صغر الورثة كوصى الأب فى حال كبر الورثة عند غيبة الوارث فللوصى بيع منقوله لا عقاره كوصى الأب حال كبرهم اه (قوله وإن لم يكن) أى يوجد (قوله كما تقرر فى الحجر) الأولى فى المأذون ط (قوله ليس للجد الخ) قال فى الخانية : فرق أبو حنيفة بين الوصى وأبى الميت فلوصى الميت بيع التركة لقضاء الدين وتنفيذ الوصية وأبو الميت له بيعها لقضاء الدين على الأولاد لا لقضاء الدين على الميت . قال شمس الأئمة الحلوانى : هذه فائدة تحفظ من الخصاف . وأما محمد فأقام الجد مقام الأب وبقول الخصاف يفتى اه .

وفى جامع الفصولين : للجد بيع العروض والشراء إلا أنه لو باع التركة لدين أو وصية لم يجز بخلاف وصى الأب اه (قوله بخلاف الوصى) أى وصى الأب كما فى أدب الأوصياء ، وظاهره أن وصى الجد كالجد فلا يملك ذلك بالأولى تأمل . قال ط : فيرفع الغرماء أمرهم إلى القاضى ليبيع لهم بقدر ديونهم وكذا الموصى لهم ، والله تعالى أعلم .

فصل فى شهادة الأوصياء

الأولى أن يزيد وغير ذلك لأن أكثر الفصل فى غيره ط (قوله مطلقا) أى سواء انتقل إليه من الميت أولا ، لأن التصرف فى مال الصغير للوصى سواء كان من التركة أو لا منح ، ففى شهادتهما إثبات التصرف فى المشهود به (قوله أو كبير بمال الميت) لأنهما يثبتان ولاية الحفظ ، وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث وعود ولايته إليهما بجنونه غرر الأفكار وهذا عنده . وقالا يجوز فى الوجهين : أى فيما تركه الميت وغيره زيلعى (قوله وقال أبو يوسف لا تقبل فى الدين أيضا) لأن الدين بالموت يتعلق بالتركة إذ الذمة خربت بالموت ولهذا لو استوفى أحدهما حقه من التركة يشاركه الآخر فكانت الشهادة فيه مثبتة للشركة فتتحقق التهمة . ولهما أن الدين يجب فى الذمة والاستيفاء من التركة ثمرته والذمة قابلة لحقوق شتى فلا شركة ، ولهذا لو تبرع أحد بقضاء دين أحدهما ليس للآخر حق المشاركة بخلاف الوصية لأن الحق فيها لا يثبت فى الذمة بل فى العين فصار المال مشتركا بينهما فأورث شبهة اه درر . قال الشيخ قاسم فى حاشية المجمع : وعلى قول أبى يوسف اعتمد النسفى والمحبوبى . قال المقدسى : إن أراد النسفى صاحب الكنز فإن ما فيه قول محمد وهو قبولها فى الدين فقط . ثم قال : وينبغى عند الفتوى فى مثل هذا إن كان الشهود معروفين بالخير أن يعمل بقول محمد وإلا فبقول أبى يوسف اه ط عن شرح الحموى (قوله بعبد)

---

(١) (قوله والأصل فيه أن أضعف الوصيين الخ) انظر ما حكم أضعف الوصيين فى أضعف الحالين تأمل اه .

لإثباتهما للشركة فتبطل (وتصح لو شهد رجلان لرجلين بالوصية بعين) كالعبد (وشهد المشهود لهما للشاهدين بالوصية بعين أخرى) لأنه لا شركة فلا تهمة زيلعي :

(شهد الوصيان أن الميت أوصى لزيد معهما لغت) لإثباتهما لأنفسهما معينا وحينئذ فيضم القاضي لهما ثالثا وجوبا لإقرارهما بآخر فيمتنع تصرفهما بدونه كما تقرر (إلا أن يدعي زيد ذلك) أي يدعي أنه وصي معهما فحينئذ تقبل شهادتهما استحسانا لأنهما أسقطا مؤنة التعيين عنه (وكذا ابنا الميت إذا شهدا أن أباهما أوصى إلى رجل) لجرهما نفعا لنصب حافظ للتركة (و) هذا لو (هو منكر) ولو يدعي تقبل استحسانا (بخلاف شهادتهما بأن أباهما وكل زيدا بقبض ديونه بالكوفة حيث لا تقبل مطلقا) ادعى زيد الوكالة أم لا لأن القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الحي بطلبهما ذلك بخلاف الوصية : وشهادة الوصي تصح على الميت لا له ولو بعد العزل وإن لم يخاصم ملتقى :

(وصي أنفذ الوصية من مال نفسه رجع مطلقا) وعليه الفتوى درر (كوكيل أدى الثمن من ماله فإن له أن يرجع ، وكذلك الوصي إذا اشترى كسوة للصغير أو) اشترى (ما ينفق عليه من مال نفسه) فإنه يرجع إذا أشهد على ذلك : وفي البزازية : إنما شرط الإشهاد لأن قول الوصي في الإنفاق يقبل لا في حق الرجوع بلا إشهاد انتهى فليحفظ :

قلت : لكن في القنية والخلاصة والخانية : له أن يرجع بالثمن وإن لم يشهد بخلاف الأبوين ،

أي بوصية عبد ط (قوله لإثباتها للشركة) أي في المشهود به إذ الثلث محل الوصية فيكون مشتركا بينهم معراج (قوله معينا) اسم فاعل من أعان (قوله كما تقرر) أي من امتناع تصرف أحد الأوصياء وحده (قوله استحسانا) والقياس أن لا تقبل كالأول (قوله لأنهما أسقطا مؤنة التعيين عنه : أي عن القاضي إذ لابد له أن يضم ثالثا إليهما كما مر فيكون وصيا معهما بنصب القاضي إياه كما إذا مات ولم يترك وصيا فإنه ينصب وصيا ابتداء فهذا أولى زيلعي :

أقول : ظاهره أن لهذا الثالث حكم وصي القاضي لا حكم وصي الميت وأن الشهادة لم تؤثر سوى التعيين تأمل ، وسيأتي الفرق بين الوصيين (قوله تقبل استحسانا) أي على أنه نصب وصي ابتداء على ما ذكرنا في شهادة الوصيين زيلعي (قوله بخلاف شهادتهما الخ) أي لو شهدا حال حياة الأب أن أباهما وكل هذا بقبض حقوقه والأب غائب وغرماء الأب يجحدون لا تقبل والفرق أنهما لو لم يشهدا بذلك لكنهما سألا من القاضي أن يجعل هذا وصيا والوصي يريد الإيصاء كان للقاضي أن يجعله وصيا فههنا أولى ، ولو سألاه أن ينصب وكيلا بقبض حقوقه حال غيبة الأب والوكيل يريد ذلك فالقاضي لا ينصب وكيلا ، ولو نصب هنا إنما ينصب بشهادتهما ولا يجوز ذلك لأنهما يشهدان لأبيهما ولو الجية (قوله لا له ولو بعد العزل) وكذا لا تقبل لليتيم وهذا بخلاف الوكيل حيث تقبل شهادته لموكله بعد العزل قبل الخصومة لأن الوصاية خلافة ولهذا لا تتوقف على العلم خلاصة (قوله رجع مطلقا) قال في المنح : وقيل إن كان هذا الوصي وارث الميت يرجع في تركة الميت وإلا فلا ، وقيل إن كانت الوصية للعباد يرجع لأن لها مطالبا من جهة العباد فكان كقضاء الدين ، وإن كانت الوصية لله تعالى لا يرجع ، وقيل له أن يرجع على كل حال وعليه الفتوى كما في الدرر ، وفي البزازية هو المختار اه (قوله فإنه يرجع إذا أشهد على ذلك) يعني على أنه أنفق ليرجع وهذا ما مشى عليه المصنف قبيل باب عزل الوكيل (قوله لا في حق الرجوع) ومثله قيم الوقف لأنهما يدعيان لأنفسهما دينا على اليتيم والوقف فلا يستحقانه بمجرد الدعوى كذا في أدب الأوصياء (قوله قلت الخ) نقل في الشرنبلالية عن العمادية ما يوافق هذا وما يخالفه : ثم قال : فقد اضطرب كلام أئمتنا في الرجوع مطلقا أو بالإشهاد عليه فليحرر اه :

وسيجيء مايفيده فتنبه (أو قضى دين الميت) الثابت شرعا (أو كفنه) أو أدى خراج اليتيم أو عشره (من مال نفسه أو اشترى الوارث الكبير طعاما أو كسوة للصغير)

أقول : والتحرير ما فى أدب الأوصياء عن المحيط أن فى رجوع الوصى بلا إشهاد للرجوع اختلاف المشايخ اهـ ونقل فى أدب الأوصياء كلا من القولين عن عدة كتب وعن الخانية ، فقد اضطرب كلام الخانية أيضا ونقل عن الخلاصة اشتراط الإشهاد خلاف مانقله الشارح عنها . ثم قال : وفى المنتقى بالنون : أنفق الوصى من مال نفسه على الصبى وللصبى مال غائب فهو متطوع فى الإنفاق استحسانا إلا أن يشهد أنه قرض أو أنه يرجع به عليه لأن قول الوصى لايقبل فى الرجوع فيشهد لذلك . وفى العتابية ويكفيه النية فيما بينه وبين الله تعالى . وفى المحيط عن محمد إذا نوى الأب الرجوع ونقد الثمن على هذه النية وسعه الرجوع فيما بينه وبين الله تعالى ، أما فى القضاء فلا يرجع مالم يشهد ومثله فى المنتقى .

وفيه أيضا : ولو شرى الأب لطفله شيئا يجبر هو عليه كالطعام والكسوة لصغيره الفقير لم يرجع أشهد أو لم يشهد لأنه واجب عليه ، وإن شرى له مالا يجب عليه كالطعام لابنه الذى له مال والدار والخادم رجع إن أشهد عليه وإلا فلا . وعن أبى حنيفة فى نحو الدار : إن كان للابن مال رجع إن أشهد وإلا لا ، وإن لم يكن له مال لم يرجع أشهد أولا .

وفى الخانية : ولو شرى لطفله شيئا وضمن عنه ثم نقده من ماله يرجع قياسا لااستحسانا اهـ .

قلت : فقد تحرر أن فى المسألة قولين : أحدهما عدم الرجوع بلا إشهاد فى كل من الأب والوصى : والثانى اشتراط الإشهاد فى الأب فقط ، ومثله الأم الوصى على أولادها ، وعللوه بأن الغالب من شفقة الوالدين الإنفاق على الأولاد للبر والصلة لاللرجوع ، بخلاف الوصى الأجنبى فلا يحتاج فى الرجوع إلى الإشهاد ، وقد علمت أن القول الأول استحسان . والثانى قياس ، ومقتضاه ترجيح الأول وعليه مشى المصنف قبيل باب عزل الوكيل وهذا كله فى القضاء ، والله تعالى أعلم (قوله وسيجيء) أى فى آخر الفروع مايفيده : أى يفيد اشتراط الرجوع فى الأبوين بل هو صريح فى ذلك ، فإن الذى سيجيء هو مانقلناه ثانيا عن المنتقى (قوله أو قضى دين الميت) قال فى أدب الأوصياء : وفى الخانية اشترط الإشهاد إذا قضاه بلا أمر الوارث ولم يشترطه فى النوازل . وقال وهو المختار ، فإنه ذكر أن الوصى إذا نفذ الوصية من مال نفسه يرجع فى مال الميت وهو المختار فتكون الرواية فى الوصية رواية فى الدين لأنه مقدم عليها ووجوب قضائه آكد من لزوم إنفاذها اهـ وهو الموافق لما مر عن المنح والدرر من قوله فكان كقضاء الدين (قوله أو كفنه) أى كفن المثل ، وقد ذكر المصنف قبل الفصل أنه لو زاد الوصى على كفن المثل فى العدد ضمن الزيادة وفى القيمة وقع الشراء له (قوله أو أدى خراج اليتيم الخ) أى خراج أرضه ، وظاهره أنه يصدق بيمينه بلا إشهاد ، وفيه خلاف حكاه فى أدب الأوصياء (قوله أو اشترى الوارث الكبير الخ) كذا فى الخانية ونصها أو اشترى الوارث الكبير طعاما أو كسوة للصغير من مال نفسه لايكون متطوعا وكان له الرجوع فى مال الميت والتركة اهـ .

أقول : ولم يشترط الإشهاد مع أن فى إنفاق الوصى خلافا كما مر ، وينبغى جريانه هنا بالأولى على أنه قد وقع الاختلاف فى إنفاقه على الصغير نصيبه من التركة نفقة مثله فى أنه يصدق أم لا قولان حكاهما الزاهدى فى الحاوى ثم قال : والمختار للفتوى مافى وصايا المحيط برواية ابن سماعة عن محمد : مات عن ابنين صغير وكبير وألف درهم فأنفق على الصغير خمسمائة نفقة مثله فهو متطوع إذا لم يكن وصيا : ولو كان المشترك طعاما أو ثوبا وأطعمه الكبير الصغير أو ألبسه فأستحسن أن لا يكون على الكبير ضمان اهـ

أو كفن الوارث الميت أو قضى دينه (من مال نفسه) فإنه يرجع ولا يكون متطوعا .
(ولو كفن الوصي الميت من مال نفسه قبل قوله فيه) قيل هو مستدرك بقوله أو كفنه .
(ولو باع) الوصي (شيئا من مال اليتيم ثم طلب منه بأكثر) مما باعه (رجع القاضي فيه إلى أهل البصيرة) والأمانة (إن أخبره اثنان منهم أنه باع بقيمته ، وإن قيمته ذلك لايلتفت) القاضي (إلى من يزيد ، وإن كان في المزايدة يشترى بأكثر وفي السوق بأقل لاينتقض بيع الوصي لذلك) أي لأجل تلك الزيادة (بل يرجع إلى أهل البصيرة ، فإن اجتمع رجلان منهم على شيء يؤخذ بقولهما) عند محمد (وكفى قول واحد في ذلك) عندهما

وفي جامع الفتاوى ولو أنفق الأخ الكبير على أخيه الصغير من نصيبه من التركة ، إن كان طعاما لم يضمن ، وإن كان دراهم فكذلك إن كان في حجره ، وفي غير ذلك يضمن إن لم يكن وصيا اهـ ومثله في التاترخانية ، وقدم المصنف في فصل البيع من كتاب الكراهية والاستحسان أنه يجوز شراء مالابد للصغير منه وبيعه لأخ وعم وأم وملتقط هو في حجرهم وإجارته لأمه فقط اهـ ومثله في الهداية ، وعليه فيمكن حمل مامر عن محمد على ما إذا لم يكن في حجره تأمل ، وعلى كل فما في الخانية مشكل إن لم يكن الكبير وصيا فليتأمل (قوله أو كفن الوارث الميت) كذا في الخانية أيضا ، وصرح فيها بأنه يرجع على التركة . قلت : وهذا لو كفن المثل كما مر .

[تنبيه] لو مات ولا شيء له ووجب كفنه على ورثته فكفنه الحاضر من مال نفسه ليرجع على الغائب منهم بحصته ليس له الرجوع لو أنفق بلا إذن القاضي حاوي الزاهدي .

قال الرملي في حاشية الفصولين : ليستفاد منه أنه لو لم يجب عليهم كتكفين الزوجة إذا صرفه من ماله غير الزوج بلا إذنه أو إذن القاضي فهو متبرع كالأجنبي فيستثنى تكفينها ، بلاإذن مطلقا(١) بناء على المفتى به من أنه على زوجها ولو غنية (قوله أو قضى دينه) أي الثابت شرعا وإلا فلا يرجع على الغائب ، وإن دفع من التركة فللغائب أن يسترد قدر حصته لأنه لم يثبت شرعا ، وكذا الوصي في الدين أو الوديعة . وأما المهر ، فإن دخل الزوج بها منع عنها ما جرت العادة بتعجيله والقول في قدره للورثة ، وفيما زاد عليه القول للمرأة شرنبلالية عن العمادية ملخصا أي لو ادعى الورثة قدر ما جرت العادة بتعجيله فالقول لهم ، ولو ادعوا أزيد عليه فالقول للمرأة في نفي الزيادة (قوله قيل هو مستدرك) عبر بقيل لإمكان الفرق بأن مامر في أصل الرجوع وهذا في قدر الثمن لو كذبوه فيه أفاده ط . وفي أدب الأوصياء عن الخلاصة : لو نقد الثمن من ماله يصدق إن كان كفن المثل . وفي الوجيز لا يصدق إلا ببينه ولو نقده(٢) من التركة (قوله إلى أهل البصيرة) أي العقل : والذي في الخانية وغيرها إلى أهل البصر وهو المناسب هنا : أي أهل النظر ، والمعرفة في قيمة ذلك الشيء (قوله وإن قيمته ذلك) توضيح لما قبله ، وأما إذا أخبرا بأن قيمته أكثر مما أخذه المشترى فهو باطل . قال في أدب الأوصياء عن الجواهر : باع الواصي ضيعة للدين فتبين أن قيمتها أكثر فالبيع باطل ولا يحتاج إلى فسخ الحاكم فلو باعها ثانيا بثمن المثل صح البيع الثاني اهـ وقدم الشارح أن البيع فاسد وهو أحد القولين وهذا حيث كان بغبن فاحش كما مر (قوله لايلتفت القاضي إلى من يزيد) لأن الزيادة قد تكون للحاجة لا لأن القيمة أزيد مما باع به الوصي ، حتى لايجوز البيع إن كان النقص فاحشا أدب الأوصياء (قوله لا ينتقض بيع الوصي لذلك) أي لا يحكم بانتقاضه بمجرد تلك الزيادة

(١) (قوله بلاإذن مطلقا الخ) أي سواء كفن كفن المثل أو زاد عليه بخلاف مسئلة غيرها فإنه يرجع الوارث بكفن المثل لا الزيادة كما في الشارح اهـ.

(٢) (قوله ولو نقده الخ) لعل في العبارة سقطا وهو جواب لو وأصل الكلام ولو نقده من التركة يصدق هذا هو الموافق للمعروف المنقول عن الأئمة ، وأما كون لو وصلية ويكون المعنى والنقد من التركة كالنقد من ماله فليس بمعلوم فلا يناسب حمل كلام الوجيز عليه ، هذا ما ظهر لي فليحرر اهـ .

كما فى التزكية ، وعلى هذا قيم الوقف إذا أجر مستغل الوقف ثم جاء آخر يزيد فى الأجر الكل فى الدرر معزيا للخانية .

[فروع] يقبل قول الوصى فيما يدعيه من الإنفاق بلا بينة إلا فى ثنتى عشرة مسألة على مافى الأشباه : ادعى قضاء دين الميت ، وادعى قضاءه من ماله بعد بيع التركة قبل قبض ثمنها ، أوأن اليتيم استهلك مالا آخر فدفع ضمانه ، أو أذن له بتجارة فركبه ديون فقضاها عنه ، أو أدى خراج أرضه فى وقت لايصلح للزراعة ،

لاحتمال أن ماباعه به هو قيمته فلذ قال بل يرجع الخ فافهم قال ط : ولوقال بعد قوله ثم طلب منه بأكثر مماباعه أوكان فى المزايدة يشترى بأكثر ، وفى السوق بأقل لكان أخصر ا هـ .

[تتمة] قال فى أدب الأوصياء: باع الأب مال طفله ثم ادعى فيه فاحش الغبن لم تسمع دعواه فينصب الحاكم قيما عن الصبى فيدعيه على المشترى وهذا إذا أقر الأب بقبض ثمن المثل أو أشهد عليه فى الصك ، أما إذا لم يقر به ولم يشهد عليه أو قال بعته ولم أعرف الغبن أو قال كنت عرفته ولكن لم أعرف أن البيع لايجوز معه فحينئذ له أن يدعى بعده الغبن ، ولو بلغ اليتيم فادعى كون بيع الأب أو الوصى بفاحش الغبن وأنكر المشترى ذلك يحكم الحال إن لم تكن المدة قدر ما يتبدل فيه السعر والاصدق المشترى ، ولو برهن كل منهما فبينة مثبت الزيادة أولى ا هـ (قوله يقبل قول الوصى الخ) قال فى الأشباه : يقبل قول الوصى فيما يدعى من الإنفاق بلابينة إلا فى ثلاث : الإنفاق على رحمه ، وخراج أرضه ، وجعل عبده الآبق ا هـ ملخصا ثم قال : والحاصل أنه يقبل قوله فيما يدعيه إلا فى مسائل الخ فالمناسب للشارح حذف قوله من الإنفاق :

[تنبيه] فى الذخيرة ينبغى للوصى أن لايضيق على الصغير فى النفقة بل يوسع عليه بلا إسراف وذلك يتفاوت بقلة ماله وكثرته فينظر إلى ماله وينفق بحسب حاله .

وفى شرح الأصل لشيخ الإسلام : كبر الصغار واتهموا الوصى وقالوا إنك أنفقت علينا من الربح أو تبرع بها فلان يجب على الوصى اليمين على دعواه إلا إذا ادعوا ما يكذبهم الظاهر فيه كأن يدعوا مالا يكفى مثله لمثلهم فى مثل المدة فى الغالب ، وهذا إذا ادعى لنفقة المثل أو أزيد بيسير وإلا فلا يصدق ويضمن ، مالم يفسر دعواه بتفسير محتمل كقوله اشتريت لهم طعاما فسرق ثم اشتريت ثانيا وثالثا فهلك فيصدق بيمينه لأنه أمين ا هـ ملخصا من أدب الأوصياء (قوله ادعى قضاء دين الميت) شروع فى الاثنتى عشرة مسئلة والظاهر أن المراد بهذه المسئلة ما ذكره فى الأشباه قبل سرده المسائل حيث قال وفى جامع الفصولين : قضى وصيه دينا بغير أمر القاضى فلما كبر اليتيم أنكر دينا على أبيه ضمن وصيه ما دفعه لو لم يجد بينة إذا أقر بسبب الضمان وهو الدفع إلى الأجنبى ، فلو ظهر غريم آخر بغرم له حصته الخ وإلا فلو أقر به الوارث وادعى الوصى أداءه من التركة صدق (قوله أو ادعى الخ) قدمنا عن أدب الأوصياء أنه فى الخانية اشترط الإشهاد ولم يشترطه فى النوازل ، وانظر ما فائدة قوله بعد بيع التركة ولعله اتفاقى لأنه قبله كذلك بالأولى (قوله أو أن اليتيم استهلك مالا آخر الخ) الذى فى الأشباه مال آخر بالإضافة :

وصورتها قال له : إنك استهلكت مال فلان فى صغرك فأديته من مالك فكذبه وقال لم أستهلك شيئا فالقول لليتيم والوصى ضامن إلا أن يبرهن كما فى أدب الأوصياء (قوله أو أدى خراج أرضه الخ) وكذا إذا ادعى الوصى أن أبا اليتيم مات من منذ عشر سنين وأنه دفع خراج أرضه تلك المدة وقال اليتيم لم يمت أبى إلا من منذ سنتين :

وأجمعوا على أن الأرض لو كانت صالحة للزراعة يوم الخصومة يكون القول للوصى مع يمينه يعنى واتفقا على

أو جعل عبده الآبق أو فداء عبده الجانى أو الإنفاق على محرمه أو على رقيقه الذين ماتوا أو الإنفاق عليه مما فى ذمته وكذا من مال نفسه حال غيبة ماله وأراد الرجوع أو أنه زوج اليتيم امرأة ودفع مهرها من ماله وهى ميتة .

الثانية عشرة اتجر وربح ثم ادعى أنه كان مضاربا والأصل أن كل شىء كان مسلطا عليه فإنه يصدق فيه ومالا فلا ينصب القاضى وصيا فى سبعة مواضع مبسوطة فى الأشباه :

الوقت الذى مات فيه أبو اليتيم كما يفهم من عبارة شرح تنوير الأذهان عن التاترخانية اه أبو السعود ، وظاهر قوله لو كانت صالحة للزراعة يوم الخصومة أنها لو لم تكن صالحة للزراعة يوم الخصومة فلا بد له من البينة لأن الحال فى الأول شاهد له بخلاف الثانى ، وعليه فقول الشارح فى وقت لا يصلح للزراعة ليس متعلقا بأدى بل هو متعلق بادعى مقدارا : أى ادعى أداء خراج أرضه الخ وإلا نافى مامر مقنا من أنه يقبل قوله فى أداء خراجه لكنه محمول على هذا التفصيل ، فتنبه (قوله أو جعل عبده الآبق) هذا على قول محمد : أما على قول أبى يوسف فيقبل قوله بلا بيان ، وجزم بالأول فى الولوالجية ، ولم يحك الصدر الشهيد فيه خلافا قال فى الخلاصة وقيل إنه على الخلاف ا ه .

وأجمعوا على أن الوصى لو استأجر رجلا ليرده أنه يكون مصدقا كما فى الخانية وفى الأصل وغيره : لو قال أديت من مال نفسى لأرجع عليك لم يصدق إلا بالبينة أفاده فى أدب الأوصياء . أقول وظاهر هذا ترجيح قول محمد تأمل (قوله أو فداء عبده الجانى) فى الكافى : لو قال أديت ضمان غصبك أوجناياتك أو جناية عبدك فلا يصدق بلا بينة أبو السعود . أقول ظاهره ولو أقر اليتيم بالجناية تأمل (قوله أو الإنفاق على محرمه) فى الخانية قال الوصى : فرض القاضى لأخيك الأعمى هذا نفقة فى مالك كل شهر كذا درهما فأديت إليه ذلك منذ عشر سنين وكذبه الابن لا يقبل قول الوصى إجماعا ويكون ضامنا للمال مالم يقم البينة على فرض القاضى وإعطاء المفروض للأخ ا ه وعلله فى شرح المجمع بأنه ليس من حوائج اليتيم وإنما يقبل قوله فيما كان من حوائجه اهـ فينبغى أن لا تكون نفقة زوجته كذلك لأنها من حوائجه ، وتمامه فى الأشباه (قوله أو على رقيقه الذين ماتوا) هذا قول محمد : وقال أبو يوسف : القول للوصى .

وأجمعوا أن العبيد لو كانوا أحياء فالقول للوصى ، وهل يحلف؟ خلاف منهم من قال لا يحلف إذا لم تظهر منه الخيانة : ونقل البيرى عن البزازية تفصيلا فقال : إن كان مثل هذا الميت يكون له مثل هذا الرقيق فالقول للوصى وإلا فلا أبو السعود (قوله أو الإنفاق عليه) قدمنا الكلام فى ذلك ، وقوله مما فى ذمته ليس فى الأشباه ، واحترز به وبما بعده عما لو أنفق من مال اليتيم فانه يصدق فى نفقة مثله كما قدمناه عن شرح الأصل ، وقوله حال غيبة ماله : أى مال اليتيم ، ويعلم منه حال حضوره فى الأولى .

وفى أدب الأوصياء ويقبل قول الوصى فيما يدعيه من الإنفاق على اليتيم وعلى امواله من العبيد والضياع والدواب ونحو ذلك إذا ادعى ماينفق على مثلهم فى تلك المدة لأنه قائم مقام الموصى أو القاضى اه (قوله أو هى ميتة) يفهم منه أنها لو كانت حية أو ميتة لكن أقر اليتيم بالتزويج أنه يرجع تأمل (قوله الثانية عشرة الخ) فى شرح الطحاوى تصرف الوصى أو الأب فى مال اليتيم فربح فقال كنت مضاربا لا يكون له من الربح شىء إلا أن يشهد عند التصرف أنه يتصرف فيه بالمضاربة وهذا فى القضاء أما فى الديانة يحل له أخذ ماشرط من الربح وإن لم يشهد عليه أدب الأوصياء ، وقدمنا أنه ليس للوصى فى هذا الزمان أخذ مال اليتيم مضاربة (قوله فإنه يصدق فيه) أى بيمينه إذا لم يكذبه الظاهر حموى وبيرى عن صلح الولوالجية ط (قوله مبسوطة فى الأشباه) أى فى كتاب القضاء وقد ذكر الشارح منها ثلاثة . قال فى الأشباه : وفيما إذا كان للميت ولد صغير ، وفيما إذا اشترى من مورثه شيئا

منها إذا كان له دين أو عليه أو لتنفيذ وصيته :

وزاد فى الزواهر موضعين آخرين :

اشترى الأب من طفله شيئا فوجده معيبا ينصب القاضى وصيا ليرده عليه ، وإذا احتيج لإثبات حق صغير أبوه غائب غيبة منقطعة ينصب وإلا فلا وعزاهما لمجمع الفتاوى :

وأراد رده بعيب بعد موته ، وفيما إذا كان أبو الصغير مسرفا مبذرا فينصبه للحفظ ، وذكر فى قسمة الولوالجية موضعا آخر ينصبه فيه فليراجع اهـ . والذى فى الولوالجية هو مالو ترك ضيعة بين صغير وغائبين وحاضرين باع أحدهما نصيبه لرجل فطلب القسمة فيجعل القاضى وكيلا عن الغائبين والصغير (قوله منها إذا كان له دين أو عليه) أى ليكون خصما فى الإثبات والدفع والقبض (قوله ليرده عليه) أفاد أن المراد أن ينصبه وصيا فى خصوص الرد لامطلقا لأن الولاية فى غيره للأب ، وسيأتى أن وصى القاضى يقبل التخصيص (قوله غيبة منقطعة) بأن كان فى بلد لاتصل إليه القوافل كما قدمناه :

[تتمة] زاد الحموى وغيره مسائل أيضا :

ومنها لو ادعى شخص دينا والورثة كبار غيب فى بلد منقطع عن بلد المتوفى لاتأتى ولا تذهب القافلة إليه :

ومنها لو قال الوارث لاأقضى الدين ولا أبيع التركة بل أسلم التركة إلى الدائن نصب القاضى من يبيع التركة :

ومنها لو استحق المبيع فأراد المشترى أن يرجع بثمنه وقد مات بائعه ولا وارث له ينصب عنه وصى ليرجع المشترى عليه :

ومنها لو ظهر المبيع حرا وقد مات بائعه ولم يترك شيئا ولا وارثا ولا وصيا فينصب القاضى وصيا ليرجع عليه المشترى ويرجع هو على بائع الميت :

ومنها لو كان المدعى عليه مع كونه أخرس أصم وأعمى ولا ولى له :

ومنها لو شرى الوكيل فمات فلموكله الرد بعيب ، وقيل لوارثه أو وصيه ، فلو لم يكن فلموكله على رواية أبى الليث ، وفى رواية ينصب القاضى وصيا للرد :

ومنها لو مات الوصى فولاية المطالبة فيما باع من مال الصغير لورثة الوصى أو وصية ، فلو لم يكن نصب القاضى وصيا :

ومنها لو أتى المستقرض بالمال ليدفعه فاختفى المقرض فالقاضى ينصب قيما بطلب المستقرض ليقبض المال :

ومنها كفل بنفسه على أنه إن لم يواف به غدا فدينه على الكفيل فتغيب الطالب فى الغد ينصب القاضى وكيلا عنه ويسلم إليه المديون :

ومنها لو غاب الوصى فادعى رجل على الميت دينا ينصب القاضى خصما عن الميت اهـ ملخصا والمراد بالغيبة المنقطعة :

أقول : ويزاد مامر أول باب الوصى من أنه لو أوصى إلى صبى أو عبد غيره أو كافر أو فاسق بدلهم القاضى بغيرهم ، ومالو أوصى إلى اثنين فمات أحدهما ولم يوص إلى غيره فيضم القاضى إليه غيره ، وما لو عجز الوصى عن الوصاية :

ومنها ماقدمناه لو شرى مال ولده لنفسه لايبرأ عن الثمن حتى ينصب القاضى وكيلا لولده يأخذ الثمن ثم يرده على الأب :

وصى القاضى كوصى الميت إلا فى ثمان : ليس لوصى القاضى الشراء لنفسه ، ولا أن يبيع ممن لاتقبل شهادته له ، ولا أن يقبض إلا بإذن مبتدإ من القاضى ولا أن يؤجر الصغير لعمل ما ، ولا أن يجعل وصيا عند عدمه ، ولو خصصه القاضى تخصص ،

ومنها مالو صدق الوصى مدعى الدين لا يصح بل ينصب غيره ليصل المدعى إلى حقه كما قدمناه عن الولوالجية :

ومنها إذا أسلمت زوجة المجنون الكافر ولا أب له ولا أم ينصب عنه القاضى وصيا يقضى عليه بالفرقة كما تقدم فى نكاح الكافر .

ومنها نصب الوصى عن المفقود .

ومنها إذا ادعى الوصى دينا على الميت ينصب القاضى وصيا للميت فى مقدار الدين الذى يدعيه ولا يخرج الأول عن الوصاية ، وعليه الفتوى كما فى الهندية فقد بلغت سبعة وعشرين والتتبع ينفى الحصر (قوله إلا فى ثمان) يزاد عليها تاسعة نذكرها قريبا : وعاشرة هى أن وصى القاضى لو عين له أجر المثل جاز ، بخلاف وصى الميت فلا أجر له على الصحيح كما قدمه عن القنية ، وقدمنا الكلام عليه (قوله ليس لوصى القاضى الشراء لنفسه) أى من مال اليتيم ولا بيع مال نفسه منه مطلقا ، بخلاف وصى الأب فيجوز بشرط منفعة ظاهرة لليتيم كما مر فى المتن فلو اشترى هذا الوصى من القاضى أو باع جاز حموى عن البزازية (قوله ولا أن يبيع الخ) للتهمة ، واقتصر على البيع ، والظاهر أن الشراء مثله ط (قوله ولا أن يقبض الخ) أى لو نصبه القاضى وصيا ليخاصم عن الصغير من كان فى يده عقار للصغير بغير حق ليس له القبض إلا بإذن مبتدإ من القاضى بعد الإيصاء إن لم يكن أذن له به وقت إذنه بالخصومة لأنه كالوكيل ، والفتوى على قول زفر أن الوكيل بالخصومة لايملك القبض ، بخلاف وصى الميت فإنه يملكه بلا إذن لأن الأب جعله خلفا عن نفسه فكان رأيه باقيا ببقاء خلفه ، ولو كان باقيا حقيقة لم يكن للقاضى التصرف فى ماله فكذا إذا كان باقيا حكما كما قاله الخصاف وهذا يفيد القطع بأن وصى الميت لاينعزل بعزل القاضى . قال البيرى : وأفاد أن القاضى ليس له سؤال وصى الميت عن مقدار التركة ولا التكلم معه فى أمرها بخلاف وصى القاضى وتمامه فيه اه ملخصا من حاشية أبى السعود ، وما ذكره البيرى يزاد على الثمان مسائل المذكورة (قوله ولا أن يؤجر الصغير لعمل ما) أى لأى عمل كان ، وهذا عزاه فى الأشباه إلى القنية .

أقول : يشكل عليه ماقدمناه أنه يملك إيجاره من لا وصاية له أصلا وهو رحمه المحرم الذى هو فى حجره تأمل ، وينبغى أن يستثنى تسليمه فى حرفة .

وفى أدب الأوصياء للوصى أن يؤجر نفس اليتيم وعقاراته وسائر أمواله ولو بيسير الغبن ، وإذا لم يكن أبوه حائكا أو حجاما لم يكن لمن يعوله أن يسلمه إلى الحائك أو الحجام لأنه يعير بذلك وتمامه فيه (قوله ولا أن يجعل وصيا عند عدمه) أى موته . قال فى الأشباه : : وصى القاضى إذا جعل وصيا عند موته لايصير الثانى وصيا ، بخلاف وصى الميت كذا فى التتمة اه . ثم نقل عن الخانية مانصه : الوصى يملك الإيصاء سواء كان وصى الميت أو وصى القاضى اه ومثله فى القنية عن صاحب المحيط ، ويأتى التوفيق (قوله ولو خصصه القاضى تخصص) لأن نصب القاضى إياه قضاء والقضاء قابل للتخصيص ، ووصى الأب لايقبله بل يكون وصيا فى جميع الأشياء لقيامه مقامه بيرى عن البزازية .

قلت : أو لأن وصى القاضى كالوكيل كما مر فيتخصص ، بخلاف وصى الأب .

ولو نهاه عن بعض التصرفات صح نهيه ، وله عزله ولو عدلا بخلاف وصي الميت في ذلك كله . وفي الخزانة : وصي وصي القاضي كوصيه لو الوصية عامة انتهى ، وبه يحصل التوفيق . وفي الفتاوى الصغرى : تبرعه في مرضه إنما ينفذ من الثلث عند عدم الإجازة إلا في تبرعه في المنافع فينفذ من الكل بأن أجر بأقل من أجر المثل لأنها تبطل بموته

وفي حيل التاترخانية : جعل رجلا وصيا فيما له بالكوفة وآخر فيما له بالشام وآخر فيما له بالبصرة فعنده كلهم أوصياء في الجميع ، ولا تقبل الوصاية التخصيص بنوع أو مكان أو زمان بل تعم . وعلى قول أبي يوسف كل وصي فيما أوصى إليه ، وقول محمد مضطرب . والحيلة أن يقول فيما لي بالكوفة خاصة دون ما سواها ، ونظر فيها الإمام الحلواني بأن تخصيصه كالحجر إذا ورد على الإذن العام ، فإنه لو أذن لعبده في التجارة إذنا عاما ثم حجر عليه في البعض لا يصح وبأنهم ترددوا فيما إذا جعله وصيا فيما له على الناس ولم يجعله فيما للناس عليه ، وأكثرهم على أنه لا يصح ، ففي هذه الحيلة نوع شبهة اهـ ملخصا ، ويؤيده نظر الحلواني ما في الخانية قال : أوصيت إلى فلان بتقاضي ديني ولم أوص إليه غير ذلك ، وأوصيت بجميع مالي فلانا آخر فكل منهما وصي في الأنواع كأنه أوصى إليهما اهـ ويؤيده أيضا إطلاق قولهم وصي الميت لا يقبل التخصيص ومفاده أنه لا يتخصص وإن تعدد لكن في الخانية أيضا عن ابن الفضل : إذا جعل وصيا على ابنه وآخر على ابنته أو أحدهما في ماله الحاضر والآخر في ماله الغائب ، فإن شرط أن لا يكون كل وصيا فيما أوصى به إلى الآخر فكما شرط عند الكل وإلا فعلى الاختلاف ، والفتوى على قول أبي حنيفة اهـ ولعل ما في الخانية أو لا مبني على قول الحلواني فتأمل .

أقول : ومما يجب التنبه له أنه إذا أوصى إلى رجل بتفريق ثلث ماله في وجوه الخير مثلا صار وصيا عاما على أولاده وتركته ، وإن أوصى في ذلك إلى غيره على قول أبي حنيفة المفتى به فلا ينفذ تصرف أحدهما بانفراده والناس عنها في زماننا غافلون وهي واقعة الفتوى . وقد نص عليها في الخانية فقال : ولو أوصى إلى رجل بدين وإلى آخر أن يعتق عبده أو ينفذ وصيته فهما وصيان في كل شيء عنده . وقالا : كل واحد وصي على ما سمي لا يدخل الآخر معه اهـ (قوله ولو نهاه الخ) هذه راجعة إلى قبول التخصيص وعدمه أشباه (قوله وله عزله الخ) هذه المسألة الثامنة ، وقدم الشارح أول باب الوصي تقييده بما إذا رأى القاضي المصلحة فراجعه (قوله وصي وصي القاضي الخ) أي إذا أوصى وصي القاضي عند موته إلى آخر صح وصار الثاني كالأول لو وصاية الأول عامة (قوله وبه يحصل التوفيق) بأن يحمل قوله المار ولا أن يجعل وصيا عند عدمه على ما إذا كانت الوصاية خاصة ، وكذا يحمل ما قدمناه عن الخانية والقنية على ما إذا كانت عامة فلا تتنافى عباراتهم فافهم (قوله بأن أجر الخ) ليس هذا من كلام الفتاوى الصغرى ، وصوّره الزيلعي في كتاب الغصب بأن أعار من أجنبي . وقال في الأشباه : والمنصوص عليه أنه إذا أجر بأقل من أجر المثل فإنه ينفذ من الجميع اهـ . وأيضا إذا جازت الإعارة فالإجارة أولى ، ومثلها ما إذا أوصى بسكنى داره وخدمة عبده فإن الذي يعتبر من الثلث هو رقبة الدار والعبد دون السكنى والخدمة كما مر في محله فليس المراد الحصر (قوله لأنها تبطل بموته الخ) كذا ذكره في شرح الوهبانية والأشباه جوابا عن قول الطرسوسي إن هذه المسألة خالفت القاعدة فإن الأصل أن المنافع تجرى مجرى الأعيان ، وفي البيع يعتبر من الثلث اهـ .

أقول(١) : والذي يظهر لي أن الأولى الاقتصار على الجواب الثاني ، وهو أن في المسألة روايتين لأن المنفعة

---

(١) (قوله أقول الخ) بحث فيه شيخنا بأن الغرض للطرسوسي طلب وجه الرواية القائلة بخروج المنافع من الكل وحينئذ لا ينفعه الجواب الثاني ، وقوله لأن المنفعة الخ رد هذا مولانا أيضا بأن محط الجواب إنما هو قولهم فلا إضرار والوصية بالسكنى لا ضرر فيها على الورثة وإن اعتبرنا المنفعة من جميع المال لأنه يشترط خروج الرقبة منه وتوضيحه أن من القواعد تبعية المنافع للأعيان فما بال السكنى =

فلا إضرار على الورثة وفى حياته لاملك لهم ، لكن فى العمادية أنها من الثلث فلعله روايتان .

باع مال اليتيم أو ضيعته والمشترى مفلس يؤجل ثلاثة أيام ، فإن نقد وإلا فسخ ، فإن أنكر الشراء وقد قبض يرفع الوصى الأمر للحاكم فيقول إن كان بينكما بيع فقد فسخته قبل الوصية ثم أراد عزل نفسه لم يجز إلا عند الحاكم .

فى الوصية بالسكنى والخدمة لاتعتبر من الثلث مع أنها باقية بعد الموت ، ففيه إيهام أن بطلان الإجارة سبب لاعتبار الوصية من الكل وليس كذلك كما علمت تأمل (قوله فلا إضرار على الورثة) أى فيما بعد الموت لأن الإجارة لما بطلت صارت المنافع ملكهم (قوله وفى حياته لا ملك لهم) أى فما استوفاه المستأجر قبل الموت لا إضرار عليهم فيه أيضا ، وبه سقط ما أورد عليه أنه لو آجر ما أجرته مائة مثلا بأربعين وطال مرضه حتى استوفى المستأجر المنفعة فى مدة الإجارة ، فإنه إن زاد على الثلث كان إضرارا بالورثة اه فافهم .

وفى شرح البيرى عن مزارعة المحيط: حق الغرماء والورثة يتعلق بما يجرى فيه الإرث وهو الأعيان ولايتعلق بما لايجرى فيه الإرث كالمنافع وما ليس بمال ، لأن الإرث يجرى فيما يبقى زمانين لينتقل بالموت إليهم من جهة الميت والمنافع لاتبقى زمانين اه .

واعترض البيرى هذا الحصر بأنه فى حيز المنافع لأن العفو عن القصاص بالنفس ليس بمال ، ولهذا صح عفو المريض عنه من جميع المال اه وأقره أبو السعود . أقول : وهذا عجيب ، فإن ذلك مؤيد للحصر لامانع له فتدبر (قوله لكن فى العمادية أنها من الثلث) ومثله فى النتف كما قدمناه فى باب العتق فى المرض عن القهستانى وقدمنا هناك عن الوهبانية الجزم بالأول (قوله أو ضيعته) عطف خاص على عام (قوله يؤجل) أى يؤجله الحاكم كما فى أدب الأوصياء ، وانظر هل يطالب بكفيل إذا خشى الهرب أو يفسخ حالا إذا لم ينقد الثمن حرره نقلا (قوله وقد قبض) الظاهر أنه إذا لم يقبض كذلك لأن المراد فسخ العقد ط (قوله فيقول) أى الحاكم بعد أن حلفه فحلف . قال نجم الدين الخاصى : ويجوز مثل هذا الفسخ وإن كان تعليقا بالمخاطرة ، وإنما يحتاج إلى فسخ الحاكم لأن الوصى لو عزم على ترك الخصومة بعد إنكار المشترى البيع يكون فسخا فى حكم الإقالة فيلزم الوصى كما لو تقايلا حقيقة ، أما إذا فسخه الحاكم لايلزم المبيع عليه بل يرجع إلى ملك الميت لكمال ولاية القاضى وشمولها ، ومثله فى الخانية أدب الأوصياء .

[تنبيه] لو استباع مال اليتيم الأملأ بالألف والأفلس بالألف والخمسمائة يبيعه الوصى من الأملإ ولا يلتفت إلى زيادة الأفلس حذرا من التلف كما فى الخانية وغيرها أدب الأوصياء (قوله لم يجز إلا عند الحاكم) ذكر ذلك فى البزازية فى منصوب القاضى كما قدمناه عنها فى أول باب الوصى . وأما وصى الميت ، فقد مر فى المتن أنه لايصح رده بعد قبوله بغيبة الميت لئلا يصير مغرورا من جهته .

وفى البزازية عن الإيضاح ، أراد عزل نفسه لم يجز إلا عند الحاكم ، لأنه التزم القيام فلا يملك إخراجه إلا بحضرة الموصى أو من يقوم مقامه وهو من له ولاية التصرف فى مال اليتيم ، وإذا حضر عند الحاكم فينظر

= لم تتبع الدار ؟ فإنه لو أوصى بعين الدار اعتبروا خروجها من الثلث ، ولو أوصى بسكنى لم يعتبروا ذلك ، وكذا لو حابى فى بيع الدار حال المرض اعتبروا خروج المحاباة من الثلث ، ولو حابى فى الإجارة لا .

والجواب أن المالك إذا تصرف فيما هو ملكه كان حقه أن ينفذ تصرفه لما أنه لاحجر على المالك فى أملاكهم إلا أنهم وجدوا فى بعض التصرفات إضرارا بالورثة فحجروا عليه فثبت الحجر عليه للضرورة والثابت بها لاعموم له ولايستتبع خصوصا ووصف هذا الأصل معلل بعلة وهى الضرر فيدار الحكم مع هذه العلة فإذا وجدت تلك فى الفرع لزمت تبعيته لأصله وإلا فلا وفى مسئلة الوصية بالسكنى لاإضرار بعد اعتبار خروج الرقبة من الثلث وفى مسئلة الإجارة لا إضرار حيث تبطل بالموت اه .

دفع لليتيم ماله بعد بلوغه وأشهد اليتيم على نفسه أنه لم يبق له من تركة والده لا قليل ولا كثير ثم ادعى شيئا في يد الوصي أنه من تركة أبي وبرهن تسمع .

للوصي الأكل والركوب بقدر الحاجة . قال تعالى – ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف – له أن ينفق في تعليم القرآن والأدب إن تأهل لذلك ، وإلا فلينفق عليه بقدر ما يتعلم القراءة الواجبة في الصلاة مجتبى . وفيه : جعل للوصي مشرفا لم يتصرف بدونه ، وقيل للمشرف أن يتصرف وفيه للأب إعارة طفله اتفاقا لا ماله على الأكثر . وفيه : يملك الأب لا الجد عند عدم الوصي ما يملكه الوصي .

في حاله ، إن مأمونا قادرا على التصرف لا يخرجه لأنه التزم القيام ولا ضرر للوصي في إبقائه ، وإن عرف عجزه وكثرة أشغاله أخرجه للضرر في إبقائه ولعدم حصول الغرض منه لقلة اهتمامه بأموره بعد طلب العزل اهـ . وفي الأشباه : والعدل الكافي لا يملك عزل نفسه ، والحيلة فيه شيئان الخ وقدمنا ذلك فراجعه (قوله تسمع) قال في الخانية بعده : وكذا لو أقر الوارث أنه قبض جميع ما على الناس من تركة والده ثم ادعى على رجل دينا لوالده تسمع دعواه اهـ . قال في الشرنبلالية لعدم ما يمنع منها إذ ليس فيه إبراء لمعلوم عن معلوم ولا عن مجهول ، فهو إقرار مجرد لم يستلزم إبراء فليس مانعا من دعواه ، وقد اشتبه على صاحب الأشباه فظن أنه من قبيل البراءة العامة وأنه مستثنى من منعها الدعوى اهـ ملخصا .

أقول : هذا لا يظهر على ما في أدب الأوصياء عن المنتقى وغيره من زيادة قوله ولم يبق عند الوصي لا قليل ولا كثير إلا استوفاه الخ فهو إقرار لمعين والإقرار حجة على المقر تأمل ، وقد تقدمت هذه المسألة قبيل الصلح وقال الشارح هناك ولا تناقض لحمل قوله لم يبق لي حق ، أي مما قبضته ، على أن الإبراء عن الأعيان باطل اهـ وتمام الكلام هناك (قوله للوصي الأكل الخ) قدمنا في الخانية أنه استحسان إذا كان محتاجا بقدر ما سعى . قال في أدب الأوصياء : والقياس أن لا يأكل لعموم قوله تعالى – إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما – قال الفقيه : ولعل قوله تعالى – ومن كان فقيرا – نسخ بهذه الآية .

قلت : فكأنه يميل إلى اختيار الثاني ، وهو قول الإمام . قال في القنية : قال أبو ذر ، وهو الصحيح لأنه شرع في الوصايا متبرعا فلا يوجب ضمانا اهـ . قال الإسبيجابي في شرحه إلا إذا كان له أجر معلوم فيأكل بقدره (قوله له أن ينفق الخ) كذا في مختارات النوازل . وفي الخلاصة وغيرها : إن كان صالحا لذلك جاز وصار الوصي مأجورا وإلا فعليه أن يتكلف في تعليم قدر ما يقرأ في صلاته اهـ فلم يقيده بالقراءة الواجبة تأمل .

وفي القنية : ولا يضمن ما أنفق في المصاهرات بين اليتيم واليتيمة وغيرهما في خلع الخاطب أو الخطيبة ، وفي الضيافات المعتادة ، والهدايا المعهودة ، وفي الأعياد وإن كان له منه بد ، وفي اتخاذ ضيافة لختنه للأقارب والجيران ما لم يسرف فيه وكذا لمؤدبه ومن عنده من الصبيان وكذا العيدين . وقال بعضهم : يضمن في ضيافة المؤدب والعيدين اهـ ملخصا . وفي المغرب : وعن أبي زيد الأدب اسم يقع على كل رياضة محمودة يتخرج بها الإنسان في فضيلة من الفضائل اهـ (قوله جعل للوصي مشرفا الخ) قدمنا الكلام عليه (قوله للأب إعارة طفله الخ) في شرح الطحاوي للإسبيجابي : للوصي والأب إعارة مال اليتيم . قال عماد الدين في فصوله : وهذا مما يحفظ جدا . وفي التجنيس عن النوازل : ليس للأب ذلك لأنه ليس من توابع التجارة في ماله . وفي الذخيرة : له إعارة طفله أما إعارة ماله فكذلك عند البعض استحسانا لا عند العامة وهو القياس . وفي فوائد صاحب

يملك الأب لا الجد قسمة مال مشترك بينه وبين الصغير بخلاف الوصى ؛

يملك الأب والجد بيع مال أحد طفليه للآخر ، بخلاف الوصى ؛

ولو باع الأب أو الجد مال الصغير من الأجنبى بمثل قيمته جاز إذا لم يكن فاسد الرأى ؛ ولو فاسده ، فإن باع عقاره لم يجز ، وفى المنقول روايتان ؛

ولو اشترى لطفله ثوبا أو طعاما وأشهد أنه يرجع به عليه يرجع لو له مال وإلا لا لوجوبهما عليه حينئذ ، وبمثله لو اشترى له دارا أو عبدا يرجع سواء كان له مال أو لا ، وإن لم يشهد

المحيط : له إعارة الولد إذا كان لخدمة الأستاذ لتعلم الحرفة ولغير ذلك لايجوز اه أدب الأوصياء (قوله يملك الأب لا الجد الخ) ؛

أقول : عبارة المجتبى مات عن أولاد صغار وأب ولاوصى له يملك الأب مايملك وصيه فينفذ وصاياه ويبيع العروض والعقار لقضاء دينه وليس للجد ذلك الخ هكذا رأيت فى نسختى فتأمل ، وأشار بقوله وليس للجد ذلك إلى ماقدمناه قبيل الفصل عن الخانية من أن وصى الميت يملك بيع التركة لقضاء دين الميت بخلاف الجد ، ولو قال الشارح يملك الأب مالا يملكه الوصى لكان كلاما ظاهر المعنى ويكون مابعده من المسائل تفريعا عليه فإنها مما خالف الأب فيها الوصى ، وقد ذكر من ذلك فى آخر فرائض الأشباه إحدى عشرة مسألة وزاد عليها فى حاشية الحموى وغيرها سبع عشرة أخرى فراجع ذلك ، والمراد بالأب فى هذه المسائل أبو الصغير لا أبو الميت (قوله بخلاف الوصى) فإنه لايجوز قسمته مالا مشتركا بينه وبين الصغير فيه نفع ظاهر عند الإمام ؛ وقال محمد لايجوز مطلقا ذخيرة ، والأصل فى ذلك البيع لما فى القسمة من معنى المبادلة والإفراز فكل من يملك من الأوصياء بيع شىء من التركة يملك قسمته ، ومن لا فلا ، والوصى لايملك بيع مال أحد الصغيرين من الآخر فلا يملك قسمة ذلك لأنه يكون قاضيا ومتقاضيا فلا يجوز ، وكذا أحد الوصيين لايملك البيع من الآخر فلا يملك القسمة ، بخلاف الأب فله أن يقاسم مال أولاده ؛

والحيلة للوصى أن يبيع حصة أحد الصغيرين فيقاسم مع المشترى ثم يشترى منه ماباعه بالثمن ، ولو فى الورثة كبار فدفع لهم حصتهم وأفرز ما للصغار جملة بلا تمييز جاز لأن القسمة ما جرت بين الصغار بل بين الكبار والصغار ، وكذا لو قاسم الوصى مع الموصى له بالثلث وأمسك الثلثين للصغار ، وتمام ذلك فى فصل القسمة من أدب الأوصياء ، ولكن قوله وكذا أحد الوصيين الخ قال ط فيه أن تصرف الوصى بالبيع والشراء للأجنبى يجوز بالقيمة وبالغبن اليسير وكل من اليتيمين أجنبى من الآخر اه وقدمنا نحوه (قوله ولو باع الأب أو الجد الخ) تقدمت هذه المسألة عن ابن الكمال قبيل قوله ولا يتجر فى ماله ، ثم إن بيع الجد إنما يجوز لنحو النفقة والدين على الصغار لا للدين الذى على الميت أو لتنفيذ وصاياه كما تقدم فلا تغفل (قوله إذا لم يكن فاسد الرأى) الظاهر أنهم لم يفصلوا هذا التفصيل فى الوصى لأن الميت أو القاضى لايختار للوصاية إلا من كان مصلحا يحسن تدبير أمر اليتيم ط ؛

أقول : قد صرحوا بأن الوصى حكمه حكم الأب المفسد وحينئذ فلا حاجة إلى التفصيل فيه فافهم (قوله لم يجز) أى إلا إذا باعه بضعف القيمة كما قدمناه (قوله وفى المنقول روايتان) قدمنا أن الفتوى على عدم الجواز (قوله ولو اشترى لطفله الخ) قدمنا أول الفصل الكلام على ذلك مستوفى (قوله بوجوبهما) أى الثوب والطعام والمراد النفقة والكسوة والأولى إفراد الضمير للعطف بأو (قوله وبمثله) أى فى أنه يرجع بقيمة الدار أو العبد

لايرجع كذا عن أبي يوسف وهو حسن يجب حفظه انتهى :

كتاب الخنثى

لما ذكر من غلب وجوده ذكر نادر الوجود (وهو ذو فرج وذكر أو من عرى عن الاثنين جميعا ، فإن بال من الذكر فغلام ، وإن بال من الفرج فأنثى وإن بال منهما فالحكم للأسبق ، وإن استويا فمشكل ، ولا تعتبر الكثرة) خلافا لهما ، هذا قبل البلوغ (فإن بلغ وخرجت لحيته أو وصل إلى امرأة أو احتلم) كما يحتلم الرجل (فرجل ، وإن ظهر له ثدى أو لبن أو حاض أو حبل

إن أشهد والأولى حذف الباء (قوله لايرجع) لعدم وجوبه (قوله وهو حسن الخ) قائله صاحب المجتبى ، والله تعالى أعلم :

كتاب الخنثى

هو فعلى من الخنث أى بالفتح والسكون : وهو اللين والتكسر ، يقال خنثت الشئ فتخنث : أى عطفته فانعطف ومنه سمى المخنث ، وجمع الخنثى الخناثى بالفتح كحبلى وحبالى اه شرح السراجية للسيد :

واعلم أن الله تعالى خلق بنى آدم ذكورا وإناثا كما قال — وبث منهما رجالا كثيرا ونساء — وقال — يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور — وقد بين حكم كل واحد منهما ولم يبين حكم من هو ذكر وأنثى ، فدل على أنه لايجتمع الوصفان فى شخص واحد ، وكيف وبينهما مضادة اه كفاية (قوله وهو ذو فرج) أراد به هنا قبل المرأة وإلا فالفرج يطلق على قبل المرأة والرجل باتفاق أهل اللغة مغرب (قوله أو من عرى الخ) بكسر الراء بمعنى خلا قال الإتقانى : وهذا أبلغ وجهى الاشتباه ولهذا بدأ محمد به اه :

أقول : وقوله ذو فرج وذكر تفسير الخنثى لغة ، وأما هذا فقد صرح الزيلعى وغيره بأنه ملحق بالخنثى ، ويدل عليه قول محمد هو عندنا والخنثى المشكل فى أمره سواء ، فقد سوى بينهما فى الحكم لا فى الدلالة ، وكونه أبلغ فى الاشتباه لايدل على تسميته خنثى لغة ، ولذا قال القهستانى : وإن لم يكن له شئ منهما وخرج بوله من سرته ليس بخنثى ، ولذا قال أبو حنيفة وأبو يوسف : لاندرى اسمه كما فى الاختيار : وقال محمد : إنه فى حكم الخنثى اه فافهم (قوله فإن بال الخ) أى إذا وقع الاشتباه فالحكم للمبال لأن منفعة الآلة عند انفصال الولد من الأم خروج البول فهو المنفعة الأصلية للآلة وما سواه من المنافع يحدث بعدها ، وهذا حكم جاهلى وقد قرره النبى صلى الله عليه وسلم وتمامه فى المطولات (قوله فالحكم للأسبق) لأنه دليل على أنه هو العضو الأصلى ولأنه كما خرج البول حكم بموجبه لأنه علامة تامة فلا يتغير بعد ذلك بخروج البول من الآلة الأخرى زيلعى (قوله وإن استويا) بأن خرج منهما معا (قوله فمشكل) لم يقل مشكلة لأنه لم يتعين أحد الأمرين فجاء على الأصل وهو التذكير ، أو لأنه لما احتمل الذكورة والأنوثة غلب التذكير أفاده الإتقانى (قوله ولا تعتبر الكثرة) لأنها ليست بدليل على القوة لأن ذلك لاتساع المخرج وضيقه لا لأنه هو العضو الأصلى ، ولأن نفس الخروج دليل بنفسه فالكثير من جنسه لايقع به الترجيح عند المعارضة كالشاهدين والأربعة ، وقد استقبح أبو حنيفة ذلك فقال : وهل رأيت قاضيا يكيل البول بالأواقى زيلعى (قوله كما يحتلم الرجل) بأن خرج منيه من الذكر ط (قوله أو لبن) أى فى ثديه كلبن النساء وإلا فالرجل قد يخرج من ثديه لبن :

وفى الجوهرة : فإن قيل ظهور الثديين علامة مستقلة فلا حاجة إلى ذكر اللبن ، قيل لأن اللبن قد ينزل ولا ثدى أو يظهر له ثدى لا يتميز من ثدى الرجل فإذا نزل اللبن وقع التمييز اه ط عن الحموى (قوله أو حبل)

أو أمكن وطؤه فامرأة ، وإن لم تظهر له علامة أصلا أو تعارضت العلامات فمشكل) لعدم المرجح : وعن الحسن أنه تعدّ أضلاعه فإن ضلع الرجل يزيد على ضلع المرأة بواحد ذكره الزيلعي وحينئذ (فيؤخذ في أمره بما هو الأحوط) في كل الأحكام :

قلت : لكن قدمنا أنه لايجب الغسل بالإيلاج فيه وأنه لايتعلق التحريم بلبنه فتنبه (فيقف بين صف الرجال والنساء ، و) إذا بلغ حد الشهوة (تبتاع له أمة تختنه من ماله) لتكون أمته أو مثله (ويكره أن يختنه رجل أو امرأة) احتياطا ولا ضرورة ، لأن الختان عندنا سنة (وإن لم يكن له مال فمن بيت المال ثم تباع) أو يزوج

بأن أخذ المني بقطنة وأدخله فرجه فحبل ط عن سري الدين (قوله أو أمكن وطؤه) بأن اطلع عليه النساء فذكرن ذلك أفاده ط ، وعبارة غيره أو جومع كما يجامع النساء (قوله أو تعارضت العلامات) كما إذا نهد ثدييه ونبتت لحيته معا ، أو أمنى بفرج الرجل وحاض بفرج المرأة ، أو بال بفرجها وأمنى بفرجه قهستاني (قوله وعن الحسن) أي البصري : قال في المعراج : وحكى عن علي والحسن أنهما قالا : تعدّ أضلاعه ، فإن أضلاع المرأة أكثر من أضلاع الرجل : وقال جابر بن زيد : يوقف إلى جانب حائط ، فإن بال عليه فهو رجل ، وإن تسلسل على فخذيه فهو امرأة وليس كلا القولين بصحيح اهـ (قوله يزيد) صوابه ينقص كما علمت وارجع إلى حاشية الحموي على الأشباه (قوله وحينئذ) أي حين إذ أشكل (قوله قلت الخ) :

أقول : وبالله التوفيق ، إن الأخذ في أمره بالأحوط ليس على سبيل الوجوب دائما بل قد يكون مستحبا في كثير من المسائل : منها ماذكره الشارح لأن إشكاله أورث شبهة وهي لاترفع الثابت بيقين ، لأن عدم الجنابة وعدم التحريم كانا ثابتين يقينا فلا يرتفعان بشبهة أنوثته فيستحب الاحتياط ، بخلاف توريثه ونحوه مما سيأتي ، إذ ليس فيه رفع الثابت يقينا فلذا وجب الاحتياط فيه :

ويدل على ما قلنا مافي غاية البيان عن شرح الكافي للسرخسي : إذا وقف في صف النساء فأحب إلي أن يعيد الصلاة كذا قال محمد في الأصل ، وذلك لأن المسقط وهو الأداء معلوم ، والمفسد وهو المحاذاة موهوم ، وللتوهم أحب إعادة الصلاة ، وإن قام في صف الرجال فصلاته تامة ويعيد من عن يمينه وعن يساره والذي خلفه بحذائه على طريق الاستحباب لتوهم المحاذاة اهـ ملخصا :

ثم لايخفى عليك أن الكلام في الخنثى الذي تعارضت فيه العلامات ، فلا يرد أن إمكان الإيلاج فيه أو ظهور لبن له علامة أنوثته فيجب الغسل ويثبت التحريم ، لأن ذلك علامة الأنوثة عند الانفراد وعدم التعارض وليس الكلام فيه فافهم (قوله فيقف بين صف الرجال والنساء) إذ لو وقف مع الرجال احتمل أنه أنثى أو مع النساء احتمل أنه رجل وقدمنا حكمه (قوله وإذا بلغ حد الشهوة) أي إذا كان مراهقا وإلا فللرجل أن يختنه قهستاني عن الكرماني :

أقول : تقدم في شروط الصلاة عن السراج أنه لاعورة للصغير جدا ، ثم مادام لم يشته فقبل ودبر ثم تتغلظ إلى عشر سنين ثم كبالغ اهـ تأمل (قوله لتكون أمته) فيجوز نظرها إليه إن كان ذكرا ، وقوله أو مثله : أي إن كان أنثى فيكون نظر الجنس إلى الجنس ، وهو جائز حالة العذر كنظر القابلة وقت الولادة أو لقرحة في الفرج ونحو ذلك (قوله احتياطا) إذ في كل احتمال نظر الجنس إلى خلاف الجنس وهو أغلظ فلا يجوز إلا لضرورة (قوله فمن بيت المال) هذا إذا كان أبوه معسرا وإلا فمن ماله قهستاني عن الذخيرة (قوله ثم تباع) أي ويرد ثمنها إلى بيت المال (قوله أو يزوج الخ) هذا قول الحلواني : قال في الكفاية : وذكر شيخ الإسلام أنه لايفيد لأن النكاح موقوف والنكاح الموقوف لايفيد إباحة النظر إلى الفرج :

امرأة ختانة لتختنه لأنه إن كان ذكرا صح النكاح ، وإن أنثى فنظر الجنس أخف ، ثم يطلقها وتعتد إن خلا بها احتياطا (ويكره له لبس الحرير والحلى ، ولا يخلو به غير محرم) وإن قبله رجل ثبتت حرمة المصاهرة (ولا يسافر بغير محرم) لاحتمال أنه امرأة (وإن قال أنا رجل أو امرأة لاعبرة به) فى الصحيح لأنه دعوى بلا دليل (وقيل يعتبر) لأنه لايقف عليه غيره ، لكن فى الملتقى بعد تقرر إشكاله لايقبل وقيل يقبل .

قلت : وبه يحصل التوفيق ، ويضعف مانقله القهستانى عن شرح الفرائض للسيد وغيره إلا أن يحمل على هذا فتنبه .

(ولو مات قبل ظهور حاله لم يغسل ويمم بالصعيد) لتعذر الغسل

أقول : وقد يجاب بأن كونه موقوفا إنما هو من حيث الظاهر ، وإلا فالنكاح فى نفس الأمر إما صحيح إن كان ذكرا فيحل النظر وإما باطل إن كان أنثى فيكون فيه نظر الجنس إلى الجنس فهو مفيد على كل حال بناء على مافى نفس الأمر تدبر (قوله ثم يطلقها) أى إذا كان بالغا (قوله ويكره له لبس الحرير والحلى) لأنه حرام على الرجال دون النساء وحاله لم يتبين بعد فيؤخذ بالاحتياط فإن الاجتناب عن الحرام فرض والإقدام على المباح مباح فيكره حذرا عن الوقوع فى الحرام عناية (قوله ثبتت حرمة المصاهرة) أى فلا يحل للمقبل بشهوة أن يتزوج أمه . قال السائحانى : وكذا لو قبلته امرأة لاتتزوج أباه حتى يتضح الحال بظهوره مثل المقبل اهـ .

قلت وكأن وجهه أن الأصل فى الخروج التحريم واحتمال أنه مثل المقبل لايرفع هذا الأصل الثابت فلا ينافى ماحررناه سابقا تأمل (قوله ولا يسافر بغير محرم) أى من الرجال . ويكره مع امرأة ولو محرما لجواز كونه أنثى فيكون سفر امرأتين بلامحرم لهما وذلك حرام إتقانى (قوله بعد تقرر إشكاله) أى تقرره عندنا بعلمنا به كما لو رأينا له ثديين ولحية .

قلت : وبه يحصل التوفيق أى فلاخلاف فى المسئلة والظاهر أن الذى أوهم المصنف أنهما قولان كلام الزيلعى حيث قال وإن قال الخنثى أنا رجل أو امرأة لم يقبل قوله إن كان مشكلا لأنه دعوى بلا دليل .

وفى النهاية عن الذخيرة إن قال الخنثى المشكل أنا ذكر أو أنثى فالقول له لأنه أمين فى حق نفسه والقول للأمين مالم يعرف خلاف ماقال ، والأول ذكره فى الهداية اهـ كلام الزيلعى ملخصا .

أقول : ولامنافاة بينهما لأن مراد الذخيرة بالخنثى المشكل الذى لم يظهر لنا إشكاله بدليل قوله مالم يعرف خلاف ماقال ، ويدل عليه أيضا آخر عبارة الذخيرة المذكورة فى النهاية ونصه : ولما لم يعرف كونه مشكلا لم يعرف خلاف ماقال فصدق فيما قال ، ومتى عرف كونه مشكلا فقد عرف خلاف ماقال وعرف أنه مجازف فى مقالته لأنه لايعرف من نفسه إذا كان مشكلا الامانعرفه نحن اهـ وهذا أسقطه الزيلعى فأوهم أن مافى الذخيرة خلاف مافى الهداية وتبعه المصنف فجعلهما قولين مع أنه فى الكفاية شرح كلام الهداية بكلام الذخيرة (قوله إلا أن يحمل على هذا) أى على أنه أراد قبل تقرر اشكاله ، ويؤيده أن السيد قدس سره لم يذكر المشكل وقيد بالأمور الباطلة التى لاتقرر لنا إشكاله فإنه قال وقوله مقبول فيما كان من هذه الأمور باطنا لايعلمه غيره ثم قال وإذا أخبر الخنثى بحيض أو منى أو ميل إلى الرجال أو النساء يقبل قوله ولا يقبل رجوعه بعد ذلك إلا أن يظهر كذبه يقينا مثل أن يخبر بأنه رجل ثم يلد فإنه يترك العمل بقوله السابق اهـ (قوله ويمم) أى بخرقة إن يممه أجنبى وبغيرها إن يممه ذو رحم محرم منه ، ويعرض الأجنبى وجهه عن ذراعيه لجواز كونه امرأة ولايشترى جارية للغسل كما كان يفعل للختان لأنه بعد الموت لايقبل المالكية فالشراء غير مفيد عناية وكذا لو كانت له أمة فإن ملكه وإن بقى بعد موته إلا أن الأمة لاتغسل سيدها بخلاف الزوجة وبه اندفع ماأورده ابن الكمال من بقاء ملكه

(ولا يحضر) حال كونه مراهقا (غسل ميت ذكر أو أنثى . وندب تسجية قبره ، ويوضع الرجل بقرب الإمام ثم هو ثم المرأة إذا صلى عليهم) رعاية لحق الترتيب ، وتمام فروعه فى أحكامه من الأشباه بل عندى تأليف مجلد منيف (وله) فى الميراث (أقل النصيبين) يعنى أسوأ الحالين به يفتى كما سنحققه . وقالا : لصف النصيبين ، فلو مات أبوه وترك معه (ابنا) واحدا (له سهمان وللخنثى سهم)وعند أبى يوسف له ثلاثة من سبعة . وعند محمد

كما حرره فى الدر المنتقى (قوله ولا يحضر) أى لا يغسل رجلا ولا امرأة نهاية ومعراج ، والتقييد بالمراهق لكونه بعد البلوغ لا يبقى مشكلا غالبا (قوله ذكرا أو أنثى) أى ذكرا كان الميت أو أنثى وفى بعض النسخ ذكر بالجر (قوله وندب تسجية قبره) أى تغطيته لأنه إن كان أنثى أقيم واجب وإن كان ذكرا لا تضره التسجية زيلعى ، ولعله أراد بالواجب ستر عورة الأنثى وإلا فالتسجية مستحبة لا واجبة منح (قوله ثم هو)أى الخنثى فيؤخر عن الرجل لاحتمال أنه امرأة ولو دفن مع رجل فى قبر واحد لعذر جعل خلف الرجل ويجعل بينهما حاجز من صعيد ولو مع امرأة قدم عليها لاحتمال أنه رجل ، ويكفن فى خمسة أثواب كالمرأة ، وتمامه فى المنح (قوله فى أحكامه) أى فى بحث أحكام الخنثى وذكرها فى المنح أيضا (قوله يعنى أسوأ الحالين) انما حول العبارة ليشمل كونه محروما على تقدير اهـ ح .

قال فى المنح اعلم أن عند أبى حنيفة أقل النصيبين أن ينظر إلى نصيبه إن كان ذكرا وإلى نصيبه إن كان أنثى فأيهما أقل يعطاه وإن كل محروما على أحد التقديرين فلا شىء له (قوله وقالا لصف النصيبين) أى نصف مجموع حظ الذكر والأنثى .

ثم اعلم أن هذا قول الشعبى ، ولما كان من أشياخ أبى حنيفة وله فى هذا الباب قول منهم اختلف أبو يوسف ومحمد فى تخريجه فليس هو قولا لهما لأن الذى فى السراجية أن قول أبى حنيفة هو قول أصحابه وهو قول عامة الصحابه وعليه الفتوى وذكر فى النهاية والكفاية أن الذى فى عامة الروايات أن محمدا مع الإمام وكذا أبو يوسف فى قوله الأول ثم رجع إلى ما فسر به كلام الشعبى (قوله وعند أبى يوسف الخ) قال الزيلعى : واختلف أبو يوسف ومحمد فى تخريج قول الشعبى فقال أبو يوسف الميراث بينهما على سبعة أسهم للابن أربعة وللخنثى ثلاثة اعتبر نصيب كل واحد منهما حالة انفراده فإن الذكر لو كان وحده كان له كل المال والخنثى لو كان وحده إن كان ذكرا فكذلك وإلا فنصف المال فيأخذ نصف النصيبين نصف الكل ونصف النصف وذلك ثلاثة أرباع المال وللابن أى الواضح كل المال فيجعل كل ربع سهما فيبلغ سبعة أسهم للابن أربعة وللخنثى ثلاثة ، لأن الابن يستحق الكل عند الانفراد والخنثى ثلاثة الأرباع فيضرب كل منهما بجميع حقه بطريق العول والمضاربة . وقال محمد بينهما على اثنى عشر سهما سبعة للابن وخمسة للخنثى اعتبر نصيب كل واحد منهما حالة اجتماع فلو كان الخنثى ذكرا فالمال بينهما نصفين ولو أنثى كان أثلاثا فالقسمة على الذكورة من اثنين وعلى الأنوثة من ثلاثة فيضرب أحدهما فى الآخر تبلغ ستة للخنثى ، على أنه أنثى سهمان وعلى أنه ذكر ثلاثة فله نصفهما ونصف الثلاثة كسر فتضرب الستة فى اثنين تبلغ اثنى عشر ، فللخنثى ستة على أنه ذكر وأربعة على أنه أنثى فله نصفهما خمسة اهـ ملخصا وتمامه فيه .

وأشار فى الهداية إلى اختيار قول محمد للاتفاق على تقليل نصيب الخنثى ، وما ذهب إليه محمد أقل مما ذهب إليه أبو يوسف سهم من أربعة ثمانين سهما وطريق(١) معرفته ، أن تضرب السبعة فى اثنى عشر تبلغ أربعة وثمانين وحصة

---

(١) (قوله وطريق معرفته الخ) وتسمى هذه طريقة التجنيس وهكذا كل عددين نسب إليهما أقل منهما وأدت معرفة أى المنسوبين أقل فاضرب أحد العددين المنسوب إليهما فى الآخر ثم يضرب كل واحد من الأقلين فيما ينسب إليه الأقل الآخر وانظر فيما تحصل من ضرب كل من الأقلين فى منسوب الآخر ففى مسئلتنا لم يدر هل الثلاثة من سبعة كما هو قول أبى يوسف أكثر أو خمسة من اثنى عشر أكثر كما هو قول محمد. فإذا أردت معرفة أكثرهما فاضرب السبعة التى نسبت إليها الثلاثة فى الاثنى عشر التى نسبت إليها الخمسة تبلغ أربعة وثمانين ثم اضرب المنسوب إلى السبعة وذلك ثلاثة فى المنسوب إليه الخمسة وذلك اثنا عشر يكون الخارج ستة وثلاثين واضرب الخمسة فى السبعة تبلغ خمسة وثلاثين اهـ .

له خمسة من اثنى عشر . وعند أبي حنيفة له سهم من ثلاثة (لأنه لأقل) وهو متيقن به فيقتصر عليه لأن المال لايجب بالشك ، حتى لوكان الأقل تقديره ذكرا قدرابنا كزوج وأم وشقيقة هى خنثى مشكل ، فله السدس على أنه عصبة ، لأنه الأقل ولو قدر أنثى كان له النصف وعالت إلى ثمانية ، ولوكان محروما على أحد التقديرين فلا شيء له كزوج وأم وولديها وشقيق خنثى فلا شيء له لأنه عصبة ، ولو قدر أنثى كان له النصف وعالت إلى تسعة ، ولو مات عن عمه وولد أخيه خنثى قدر أنثى وكان المال للعم ، والله تعالى أعلم .

مسائل شتى

جمع شتيت بمعنى متفرقة وهو من دأب المصنفين لتدارك مالا يذكر فيماكان يحق ذكره فيه . قلت : وقد ألحقت غالبها بمحالها ، ولله الحمد :

(عرق مدمن الخمر خارج نجس) هذه مقدمة صغرى فى تسليمها كلام قد وعدتك به فى أوائل نواقض الوضوء (وكل خارج نجس ينقض الوضوء) هذه مقدمة كبرى وهى مسلمة عندنا (فينتج) أن (عرق مدمن الخمر ينقض الوضوء) لكنه يحتاج لإثبات الصغرى :

وحاصله مافى الذخائر الإشرافية لابن الشحنة معزيا للمجتبى : عرق الدجاجة الجلالة نجس . قال : وعليه فعرق مدمن الخمر نجس بل أولى . ثم قال : وما أسمج من كان عرقه كعرق الكلب والخنزير . قال ابن العز : فحينئذ ينقض الوضوء ، وهو فرع غريب وتخريج ظاهر : قال المصنف : ولظهوره عوّلنا عليه .

قلت : قال شيخنا الرملى حفظه الله تعالى : كيف يعول عليه وهو مع غرابته لايشهد له رواية ولا دراية ، أما الأولى فظاهر إذ لم يرو عن أحد ممن يعتمد عليه ، وأما الثانية فلعدم تسليم المقدمة الأولى ويشهد لبطلانها مسألة الجدى إذا غذى بلبن الخنزير فقد عللوا حل أكله

الخنثى من السبعة ثلاثة فاضربها فى اثنى عشر تكون ستة وثلاثين وحصته من الأثنى عشر خمسة فاضربها فى السبعة تكون خمسة وثلاثين فظهر أن التفاوت بسهم من أربعة وثمانين كما فى العناية وغيرها (قوله وولديها) أى أخوين لأم (قوله ولومات عن عمه الخ) أى لومات رجل عن عمه وعن ابن أخيه حال كون ابن الأخ خنثى فالضمير فى عمه للرجل الميت ، وهذا مثال لحرمانه على تقدير الأنوثة وماقبله على تقدير الذكورة (قوله وكان المال للعم) لأن بنت الأخ لاترث ، ولوقدر ذكرا كان المال كله له دون العم لأن ابن الأخ مقدم على العم ط والله تعالى أعلم :

مسائل شتى

(قوله جمع شتيت الخ) فهو فعيل بمعنى فاعل حمل على فعيل بمعنى مفعول كمريض ومرضى وللداجع على فعلى قهستانى (قوله مالايذكر) الأولى مالم كما عبر غيره (قوله فينتج) أى من الشكل الأول بعد تسليم الصغرى (قوله بل أولى) لأن تأثير المائع فى التصرف فوق تأثير غيره منح فإذا كان عرق الجلالة التى غذيت بالنجاسة الجامدة نجسا فعرق مدمن الخمر المائع أولى (قوله وما أسمج) من السماجة وهى القبح كما فى القاموس (قوله قال ابن العز) بمهملة فمعجمة وهو من شراح الهداية (قوله فحينئذ) أى فحين إذ كان عرقه نجسا ينقض لقاعدة كل خارج نجس ينقض الوضوء ط (قوله وهو مع غرابته) أى تفرد ابن العز باستنباطه (قوله لايشهد له رواية) أي دليل منقول ولادراية : أي دليل معقول (قوله ويشهد لبطلانها الخ) حاصله استدلال بالقياس على مسئلة الجدى

بصيرورته مستهلكا لايبقى له أثر فكذلك نقول فى عرق مدمن الخمر ، ويكفينا فى ضعفه غرابته وخروجه عن الجادة فيجب طرحه عن السرح من متن وشرح .

(خبز وجد فى خلاله خرء فأرة ، فإن كان) الخرء (صلبا رمى به وأكل الخبز ، ولا يفسد) خرء الفأرة (الدهن والماء والحنطة) للضرورة (إلا إذا ظهر طعمه أو لونه) فى الدهن ونحوه لفحشه وإمكان التحرز عنه حينئذ خانية .

(فى السنن الرواتب لايصلى ولا يستفتح) تقدم فى باب الوتر (الدعوة المستجابة فى الجمعة عندنا وقت العصر) على قول عامة مشايخنا أشباه ، وقدمناه فى الجمعة عن التاترخانية .

بجامع الاستهلاك ولذا فرع عليه بقوله فكذلك نقول الخ ، ولايخفى أن القياس دليل معقول فافهم (قوله بصيرورته مستهلكا) يعنى بخلاف الجلالة فإن ماتتناوله لكونه جامدا لايصير مستهلكا بل يحيل لحمها إلى نتن وفساد تأمل اهح (قوله ويكفينا فى ضعفه غرابته الخ) قال الرملى أيضا فى حاشية المنح ، وتقدم فى كتاب الأشربة عن المحقق ابن وهبان أنه لاتعويل ولاالتفات إلى كل ماقاله صاحب القنية مخالف للقواعد مالم يعضده نقل من غيره ، ولم ينقل عن أحد من علمائنا المتقدمين والمتأخرين أن عرق مدمن الخمر ناقض للضوء سوى مابحثه ابن العز . وقد يفرق بأن مدمن الخمر يخلط والجلالة لاتخلط ، حتى لو كانت تخلط لايحكم بنجاسة عرقها كما قالوا فى تفسيرها ، وغاية مافيه أنه يقع الشك فى تولد العرق منه أو من غيره ، ولا نقض بالشك . على أنا ما أثبتنا النقض بالخارج المحقق النجاسة من غير السبيلين إلا بعد علاج قوى ومنازعة كلية بيننا وبين الشافعية فكيف يثبت النقض بشىء موهوم . وأيضا نفس عرق الجلالة فى نجاسته منازعة ، إذ صرحوا قاطبة بكراهة لحمها إذا تغير وأنتن ، وإنما يستعملون الكراهة لريب فى الحرمة والحرمة فرع النجاسة والنقض بها إنما يكون بما لاريب فيه ، ويلزم مما بحثه ابن العز نقض الوضوء بعرق من أكل أو شرب نجاسة مافى زمن مداومته ولم يقل به أحد اه ملخصا .

أقول : ويلزم عليه أيضا النقض بدموعه وريقه لأنهما كالعرق ، وأن يكون حكمه حكم المعذور لخروج ريقه دائما وهذا لم يقل به أحد أيضا ، وقدم الشارح فى كتاب الطهارة أن سؤر الإبل والبقر الجلالة مكروه تنزيها . وفى الخانية أن عرق الجلالة طاهر (قوله وخروجه عن الجادة) هى معظم الطريق كما فى القاموس ، والمراد طريق الفقه (قوله عن السرح) بمهملات قال فى جامع اللغة : السرح المال ، وشجر عظام طوال ، والمراد بها مسائل الفقه اهح فهو استعارة مصرحة (قوله فإن كان الخرء صلبا) بضم الصاد المهملة : أى يابسا زاد فى مختارات النوازل : وإن كان متفتتا مالم يتغير طعمه يؤكل أيضا اه (قوله ولا يفسد الخ) قال فى البحر : وفى المحيط وخرء الفأرة وبولها نجس لأنه يستحيل إلى نتن وفساد ، والاحتراز عنه ممكن فى الماء لافى الطعام والثياب فصار معفوا فيهما .

وفى الخانية : بول الهرة والفأرة وخرؤهما نجس فى أظهر الروايات يفسد الماء والثوب ، وبول الخفافيش وخرؤه لايفسد لتعذر الاحتراز عنه اه . وفى القهستانى عن المحيط خرء الفأرة لايفسد الدهن والحنطة المطحونة مالم يتغير طعمها . قال أبو الليث : وبه نأخذ (قوله فى السنن الرواتب) وهى ثلاثة رباعية الظهر ، ورباعية الجمعة القبلية والبعدية ، وهذا هو الأصح لأنها تشبه الفرائض . واحترز به عن الرباعيات المستحبات والنوافل فإنه يصلى على النبى صلى الله عليه وسلم فى القعدة الأولى ثم يقرأ دعاء الاستفتاح أفاده ط (قوله فى الجمعة) أى فى يومها فإنها ورد فيها ساعة إجابة أي للدعاء بعينه ط (قوله وقت العصر) وقيل من حين يخطب إلى أن يفرغ من الصلاة

(الخروج من الصلاة لايتوقف على) قوله (عليكم) وحينئذ (فلو دخل رجل فى صلاته بعده لايصير داخلا فيها) قدمناه فى صفة الصلاة .

(لف ثوب نجس رطب فى ثوب طاهر يابس فظهرت رطوبته على ثوب طاهر) كذا النسخ . وعبارة الكنز : على الثوب الطاهر (لكن لايسيل لو عصر لاينجس) قدمناه قبيل كتاب الصلاة (كما لو نشر الثوب المبلول على حبل نجس يابس) أو غسل رجله ومشى على أرض نجسة أو نام على فراش نجس فعرق ولم يظهر أثره لاينجس خانية .

(نوى الزكاة إلا أنه سماه قرضا جاز) فى الأصح لأن العبرة للقلب لا للسان .

(من له حظ فى بيت المال) كالعلماء

كما ثبت فى مسلم عنه صلى الله عليه وسلم . قال النووى : وهو الصحيح بل هو الصواب اه قال ط : ويكفى الدعاء بقلبه كما ذكره الشرنبلالى وقيل آخر ساعة فيه ، وهو مذهب الزهراء رضى الله عنها اه وعلى الأول فالظاهر أنها دائرة فى جميع وقت العصر ، وهو من حين بلوغ ظل الشيء مثله أو مثليه على الاختلاف فى القولين إلى الغروب حموى (قوله على قوله عليكم) أى فى التسليمة الأولى (قوله بعده) أى بعد السلام قبل قوله عليكم منح ؛ والأولى أن يقول قبله ليرجع الضمير إلى مذكور صريحا وهو عليكم (قوله لف ثوب نجس رطب) أى مبتل بماء ولم يظهر في الثوب الطاهر أثر النجاسة ، بخلاف المبلول بنحو البول لأن النداوة حينئذ عين النجاسة ، وبخلاف ماإذا ظهر في الثوب الطاهر أثرالنجاسة من لون أو طعم أو ريح فإنه ينجس كما حققه شارح المنية وجرى عليه الشارح أول الكتاب (قوله لاينجس) لأنه إذا لم يتقاطرمنه بالعصر لاينفصل منه شيء وإنما يبتل مايجاوره بالنداوة وبذلك لاينجس به .

وذكر المرغينانى إن كان اليابس هو الطاهر ينجس لأنه يأخذ بللا من النجس الرطب ، وإن كان اليابس هو النجس والطاهر والرطب لاينجس لأن اليابس النجس يأخذ بللا من الطاهر ولا يأخذ الرطب من اليابس شيئا زيلعى : وظاهر التعليل أن الضمير في يسيل وعصر للنجس ، وبه صرح صاحب مواهب الرحمن ، ومشى عليه الشرنبلالى والمتبادر من عبارة المصنف كالكنز وغيره أنه للطاهر ، وهو صريح عبارة الخلاصة والخانية ومنية المصلى وكثير من الكتب كالقهستانى وابن الكمال والبزازية والبحر ، والأول أحوط ووجهه أظهر ، والثانى أوسع وأسهل فتبصر .

ثم إن المسألة مذكورة فى عامة كتب المذهب فى بعضها بلا ذكر خلاف وفى بعضها بلفظ الأصح (قوله كما لو نشر الخ) هذا موافق لما ذكره المرغينانى ، وقد جعله الزيلعى مفرعا عليه حيث قال عقب عبارته السابقة وعلى هذا إذا نشر الثوب المبلول على حبل نجس هو يابس لاينجس الثوب لما ذكرنا من المعنى .

وقال قاضيخان فى فتاواه : إذا نام الرجل على فراش فأصابه(١) منى وييبس وعرق الرجل وابتل الفراش من عرقه إن لم يظهر أثر البلل فى بدنه لاينجس جسده ، وإن كان العرق كثيرا حتى ابتل الفراش ثم أصاب بلل الفراش جسده وظهر أثره فى جسده ينجس بدنه ، وكذا إذا غسل رجله فمشى على أرض نجسة بغير مكعب فابتل الأرض من بلل رجله واسود وجه الأرض لكن لم يظهر أثر بلل الأرض فى رجله فصلى جازت صلاته ، وإن كان بلل الماء فى رجله كثيرا حتى ابتل وجه الأرض وصار طينا ثم أصاب الطين رجله لاتجوز صلاته . ولو مشى على أرض نجسة رطبة ورجله يابسة تتنجس اه (قوله على أرض نجسة) بأن كانت مطينة بنحو الزبل ، أما لو أصابتها نجاسة وجفت لم تبق نجسة ولم تعد النجاسة بإصابة الماء على المعتمد (قوله كالعلماء) أى والقضاة والعمال والمقاتلة وذراريهم

---

(١) قوله فأصابه منى الخ) الأحسن إسقاط الفاء وجملة أصابه صفة ثوب تأمل اه .

(ظفر بما هو وجه لبيت المال فله أخذه ديانة) قدمناه قبيل باب المصرف .

(أفطر فى رمضان فى يوم ولم يكفر حتى أفطر فى يوم آخر فعليه كفارة واحدة) ولو فى رمضانين على الصحيح ، وقدمناه فى الصوم .

(ولو نوى قضاء رمضان ولم يعين اليوم صح) ولو عن رمضانين كقضاء الصلاة صح أيضا (وإن لم ينو) فى الصلاة (أول صلاة عليه أو آخر صلاة عليه) كذا فى الكنز . قال : المصنف قال الزيلعى : والأصح اشتراط التعيين فى الصلاة وفى رمضانين الخ .

قلت : وهكذا قدمته فى باب قضاء الفوائت تبعا للدرر وغيرها .

ثم رأيت فى البحر قبيل باب اللعان مانصه : ونية التعيين لم تشترط باعتبار أن الواجب مختلف متعدد بل باعتبار أن مراعاة الترتيب واجبة عليه ولا يمكنه مراعاته إلا بنية التعيين ، حتى لو سقط الترتيب بكثرة الفوائت

والقدر الذى يجوز لهم أخذ كفايتهم ابن الشحنة (قوله ظفر بما هو وجه لبيت المال) كذا فى بعض النسخ وفى أغلبها بدون هو ، وعليه فوجه بالبناء للمفعول .

قال فى البزازية قال الإمام الحلوانى : إذا كان عنده وديعة فمات المودع بلا وارث له أن يصرف الوديعة إلى نفسه فى زمننا هذا لأنه لو أعطاها لبيت المال لضاع لأنهم لايصرفون مصارفه ، فإذا كان من أهله صرفه إلى نفسه وإلا صرفه إلى المصرف اه منح (قوله فعليه كفارة واحدة) لأن الكفارة تسقط بالشبهة فتتداخل كالحد مجتبى .

ثم قال : واختلف فى التداخل فقيل لاتجب الثانية لتداخل السبب ، وقيل تجب ثم تسقط ، فأما إذا كفر الأول فلا اجتماع فلا تداخل (قوله ولو فى رمضانين الخ) لو وصلية ، وأشار إلى أن التقييد برمضان واحد خلاف الصحيح وهو رواية عن محمد . قال فى المجتبى : وأكثر مشايخنا قالوا الاعتماد على تلك الرواية ، والصحيح أنه يكفيه كفارة واحدة لاعتبار معنى التداخل (قوله ولم يعين) أى إنه عن يوم كذا (قوله ولو عن رمضانين الخ) قال الزيلعى : وكذا لو صام ونوى عن يومين أو أكثر جاز عن يوم واحد ، ولو نوى عن رمضانين أيضا يجوز اه . وعليه فالمعنى أنه لو كان عليه يومان من رمضانين فقضى يوما ونواه عنهما يجوز صومه عن أحدهما ويبقى عليه الآخر لكن ذكره مسكين أن المراد أنه نواه عن يوم واحد منهما بلا تعيين شهره حيث قال : واعلم أن المراد من قوله ولو عن رمضانين قضاء أحد رمضانين وإن لم ينو الصائم أول أو آخر رمضان ولم يرد جمعهما فى النية ، لأن ناوى القربتين فى الصوم متنفل فليتأمل اه .

أقول : ويؤيده قول المتن كقضاء الصلاة الخ فإن معناه أنه لو فاته الظهر من يومين مثلا فقضى ظهرا ولم يعين أحد اليومين صح ، وليس المراد أنه نوى ظهرا واحدا من اليومين بقرينة مابعده . وفى قول مسكين لأن ناوى القربتين الخ منافاة لصدر كلام الزيلعى . وقد ذكر الشارح قبيل باب صفة الصلاة أنه لو نوى فائتتين فللأولى لو من أهل الترتيب وإلا لغا اه ومقتضى ذلك أنه فى الصوم يلغو إذ لاترتيب فيه لأنه خاص بالصلاة وبه تأيد كلام مسكين وتأمل ذلك مع الأصل الآتى قريبا (قوله صح أيضا وإن لم ينو الخ) قدم الشارح فى باب شروط الصلاة عن القهستانى عن المنية أنه الأصح اه ونقل ط تصحيحه عن الولوالجية أيضا وأن التعيين أحوط (قوله والأصح اشتراط التعيين الخ) صححه أيضا فى متن الملتقى ، فقد اختلف التصحيح والتعيين أن يعين أنه صائم عن رمضان سنة كذا ، وفى الصلاة أن يعين الصلاة ويومها بأن يعين ظهر يوم كذا ، ولو نوى أول ظهر عليه أو آخره جاز وهذا مخلص من لم يعرف الأوقات التى فاتته أو اشتبهت عليه أو أراد التسهيل على نفسه .

يكفيه نية الظهر لاغير كذا فى المحيط ، وهو تفصيل حسن فى الصلوات ينبغى حفظه انتهى بلفظه ، ثم رأيته نقله عنه فى الأشباه فى بحث تعيين المنوى ، ثم قال : وهذا مشكل ، وما ذكره أصحابنا كقاضيخان وغيره خلافه وهو المعتمد كذا فى التبيين اه بحروفه فليتنبه لذلك ؛

(رأس شاة متلطخ بدم أحرق) رأسه وزال عنه الدم فاتخذ منه مرقة (جاز استعمالها) والحرق (كالغسل ، وقدمنا أنه من المطهرات سلطان جعل الخراج لرب الأرض جاز ، وإن جعل له العشر لا) لأنه زكاة . قلت : وقد قدمه في الجهاد ، وقدمته فى الذكاة أيضا ؛

(عجز أصحاب الخراج عن زراعة الأرض وأداء الخراج ودفع الإمام الأرض إلى غيرهم) بالأجرة (ليعطوا الخراج) من أجرتها المستحقة (جاز) فإن فضل شئ من أجرتها دفعه لمالكها

والأصل فيه أن الفروض متزاحمة فلا بد من تعيين ما يريد أداءه والشرط تعيين الجنس الواحد بالنية لأنها شرعت لتمييز الأجناس المختلفة . أما التعيين فى الجنس الواحد : أى فى إفراده بعضها عن بعض فهو لغو لعدم الفائدة ، حتى لو كان عليه قضاء يوم بعينه فصامه بنية يوم آخر أو كان عليه قضاء صوم يومين أو أكثر فصام ناويا عن قضاء يومين أو أكثر جاز ، بخلاف ما إذا نوى عن رمضانين أو عن رمضان آخر لاختلاف الجنس ، فصار كما لو نوى ظهرين أو ظهرا عن عصر ، أو نوى ظهر السبت وعليه ظهر الخميس ، ويعرف اختلاف الجنس باختلاف السبب كالصلوات حتى الظهرين من يومين ، فإن الدلوك فى يوم غيره فى آخر ، بخلاف صوم رمضان لتعلقه بشهود الشهر وهو واحد ، لأنه عبارة عن ثلاثين يوما بلياليها فلا يحتاج فيه إلى تعيين يوم كذا ، بخلاف رمضانين زيلعى ملخصا (قوله ثم رأيته) أى هذا التفصيل نقله عنه : أى عن المحيط فى الأشباه فانهم (قوله وهذا مشكل) لما مر أن كل صلاة جنس لاختلاف أسبابها فيشترط التعيين لتمييز الأجناس المختلفة ، ولأنه لو كان الأمر كما قاله فى المحيط لجاز مع وجوب الترتيب أيضا لإمكان صرفه إلى الأول إذ لا يجب التعيين عند الترتيب ولا يفيد اه كذا أفاده الزيلعى (قوله خلافه) أى من التعيين ولو بأول ظهر أو آخره مثلا ط (قوله وهو المعتمد) قد علمت أن الثانى مصحح وإن كان الأحوط التعيين ط (قوله والحرق كالغسل) لأن النار تأكل مافيه من النجاسة حتى لايبقى فيه شئ ، أو تحيله فيصير الدم رمادا فيطهر بالاستحالة ، ولهذا لو أحرقت العذره وصارت رمادا طهرت للاستحالة ، كالخمر إذا تخللت ، وكالخنزير إذا وقع فى المملحة وصار ملحا . وعلى هذا قالوا : إذا تنجس التنور يطهر بالنار حتى لايتنجس الخبز ، وكذلك إذا تنجس ممسحة الخباز تطهر بالنار زيلعى . قال السائحانى : وبهذا لايظهر ماعزى لأبى يوسف أن السكين المموه بالماء النجس يموه بالطاهر ثلاثا لأنه لما دخل النار ومكث أدنى مدة لم يبق أثر النجاسة فيه لاظاهرا ولا باطنا اه (قوله وقد قدمه فى الجهاد) حيث قال : ترك السلطان أو نائبه الخراج لرب الأرض أو وهبه له ولو بشفاعة جاز عند الثانى وحل له لو مصرفا وإلا تصدق به وبه يفتى .

وما فى الحاوى من ترجيح حله لغير المصرف خلاف المشهور ، ولو ترك العشر لايجوز إجماعا ويخرجه بنفسه للفقراء خلافا لما فى قاعدة تصرف الإمام منوط بالمصلحة من الأشباه معزيا للبزازية فتنبه اه أى من أنه لو ترك السلطان العشر لمن هو عليه جاز غنيا كان أو فقيرا ، لكن لو غنيا ضمنه السلطان للفقراء من بيت مال الخراج لبيت مال الصدقة ، ولو فقيرا لايضمن (قوله عن زراعة الأرض) أى المملوكة لهم (قوله لمستحقه(١))

---

(١) (قول المحشى لمستحقه) نسخ الشرح التى بأيدينا المستحقة وعليها كتب الطحاوى اه .

رعاية للحقين ، فإن لم يجد الإمام من يستأجرها باعها لقادر وأخذ الخراج الماضى من الثمن لو عليهم خراج ورد الفضل لأربابها زيلعى :

قلت : وقدمنا فى الجهاد ترجيح سقوطه بالتداخل ، فيحمل على المرجوح أو على أن مراده أخذ خراج السنة الماضية فقط :

(غنم مذبوحة وميتة ، فإن كانت المذبوحة أكثر تحرى وأكل وإلا) بأن كانت الميتة أكثر أو استويا (لا) يتحرى لو فى حالة الاختيار بأن يجد ذكية وإلا تحرى وأكل مطلقا

أى لمستحق الخراج (قوله رعاية للحقين) لأنه لاوجه إلى إزالة ملكهم بلا رضاهم من غير ضرورة ولا إلى تعطيل حق المقاتلة فتعين ماقلنا زيلعى (قوله باعها لقادر) أى على الزراعة ، لأنه لو لم يبعها يفوت حق المقاتلة فى الخراج أصلا ، ولو باع يفوت حق المالك فى العين ، والفوات إلى خلف كلا فوات فيبيع تحقيقا للنظر من الجانبين زيلعى :

هذا وقد ذكر فى البحر أنه قبل البيع إن شاء دفعها إلى غيره مزارعة ، وإن شاء زرعها بنفقة من بيت المال ، فإن لم يتمكن من ذلك ولم يجد من يقبلها مزارعة باعها الخ (قوله قلت الخ) أصله للمصنف حيث استشكل قوله وأخذ الخراج الماضى بما فى الخانية من قوله : فإن اجتمع الخراج فلم يؤد سنتين عند أبى حنيفة يؤخذ بخراج هذه السنة ولا يؤخذ بخراج السنة الأولى ويسقط ذلك عنه كما قال فى الجزية . ومنهم من يقول لايسقط الخراج بالإجماع بخلاف الجزية هذا إذا عجز عن الزراعة ، فإن لم يعجز يؤخذ بالخراج عند الكل اه (قوله فيحمل إلى الخ) لم يحمله على حالة عدم العجز لأن فرض مسألتنا فى العجز فافهم (قوله الماضية فقط) أى التى عجزوا فيها ، وهى التى قبل السنة التى دفع فيها الإمام الأرض إلى غيرهم دون ما قبلها ، ولا يحصل التداخل بمجرد دخول سنة الدفع حتى يرد عليه أنه يسقط خراج هذه الماضية ، لأن وجوب الخراج بآخر الحول لا بأوله ، بخلاف الجزية كما صرح فى البحر فافهم (قوله تحرى وأكل) لأن للغالب حكم الكل ، وكذا الزيت لو اختلط مع ودك الميتة أو الخنزير لاينتفع به على كل حال إلا إذا غلب الزيت ، لكن لايحل أكله بل يستصبح به أو يبيعه مع بيان عيبه أو يدبغ به الجلود ويغسلها لأن المغلوب تبع للغالب ولا حكم للتبع لو كان معه ثياب مختلطة ، ففى حالة الاضطرار بأن لايجد طاهرا بيقين ولا ماء يغسلها به تحرى مطلقا لأن الصلاة بثوب نجس بيقين جائزة حالة الاضطرار بالإجماع ففى ثوب مشكوك أولى :

وأما فى الاختيار فإن الغلبة للطاهر تحرى وإلا لا كالجواب فى المساليخ ، وكذا أوانى الماء إلا أنه فى حالة الاضطرار لو غلب النجس يتحرى للشرب إجماعا لأن شرب النجس بيقين يجوز للضرورة فالمشكوك أولى ، ولا يتحرى للوضوء عندنا بل يتيمم ، والأولى أن يريق الماء قبله أو يخلطه بالنجس وتمامه فى غاية البيان :

أقول : والمراد من اختلاط الزيت مع الودك اختلاط أجزائهما لا اختلاط أوانيهما ولذا لم يحل الأكل فتنبه (قوله لايتحرى) أى إن لم يكن هناك علامة تعلم بها الذكية ، فإن كانت فعليه الأخذ بها كما فى الدر المنتقى . قال فى غاية البيان قالوا : من علامة الميتة أنها تطفو فوق الماء والذكية لا ، والأصح أن علامة المذكاة خلوّ الأوداج من الدم وعلامة الميتة امتلاؤها منه (قوله بأن يجد ذكية) أقول : المراد أن يجد مايسدّ به رمقه من لحم مذكى أو خبز أو غير ذلك (قوله وإلا تحرى الخ) قال فى الهداية : أما فى حال الضرورة يحل له التناول فى جميع ذلك لأن الميتة المتيقنة تحل فى حالة الضرورة ، فالذى يحتمل أن يكون ذكية أولا غير أنه يتحرى لأنه طريق يوصله إلى الذكية فى الجملة فلا يتركه من غير ضرورة اه :

ومر فى الحظر :

(إيماء الأخرس وكتابته كالبيان) باللسان (بخلاف معتقل اللسان) وقال الشافعى : هما سواء فى وصية

قال فى العناية : وطولب بالفرق بين الغنم والثياب ، فإن المسافر لو معه ثوبان طاهر ونجس لاغير ولا مميز بينهما يتحرى ويصلى ، فقد جوز التحرى فيما إذا كانا لصفين وفى المساليخ لم يجز . وأجيب بأن حكم الثياب أخف لأنها لو كانت كلها نجسة له أن يصلى فى بعضها لأنه مضطر ، بخلاف الغنم الخ ، ومثله فى النهاية والكفاية والمنح وغيرها .

أقول : هذا عجيب منهم ، فإن ماذكروا من مسألة الثوبين حالة ضرورة ، ولا فرق فيها بين الثياب والغنم كما سمعت التصريح به فيما قدمناه . وفى قول الهداية يحل له التناول فى جميع ذلك أى فيما إذا كانت الذكية غالبة أو مغلوبة أو مساوية فكيف يطلب الفرق فيما لافرق فيه ، وإن أرادوا الفرق بين الثياب فى حالة الضرورة وبين الغنم فى حالة الاختيار فهو ساقط أصلا إذ لايطلب الفرق إلا عند اتحاد الحالتين ، ثم رأيت العلامة الطورى نبه على ذلك ، ولله الحمد والمنة (قوله ومر فى الحظر) أى فى أوله قبيل قوله ومن دعى إلى وليمة ، ولفظ الحظر ساقط من أغلب النسخ (قوله إيماء الأخرس) أى إشارته بحاجب أو يد أو غير ذلك إذا عرف القاضى إشارته ، وإلا ينبغى أن يستخبر ممن يعرفها من إخوانه وأصدقائه وجيرانه حتى يقول بين يدى القاضى أراد بهذه الإشارة كذا ويفسر ذلك ويترجم حتى يحيط علم القاضى بذلك ، وينبغى أن يكون عدلا مقبول القول ، لأن الفاسق لاقول له بيرى عن الولوالجية ، وإطلاقه يفيد اعتبار الإيماء مع قدرته على الكتابة وهو المتعمد ، لأن كلا منهما حجة ضرورية كما فى القهستانى وغيره در منتقى (قوله وكتابته) اعترض المقدسى بأن الأخرس الخلقى لايعرف الكتابة ولا يمكن تعريفه إياها لأنها بإزاء الألفاظ المركبة من الحروف وهو لاينطق ولا يسمع النطق اه .

أقول : يمكن ذلك بتعريفه أن المعنى الفلانى يدل عليه بهذه الحروف المنقوشة على هذه الصورة تأمل (قوله بخلاف معتقل اللسان) بفتح القاف ، يقال : اعتقل لسانه بضم التاء إذا احتبس عن الكلام ولم يقدر عليه مغرب أى فلا يعتبر إيماؤه ولا كتابته إلا إذا امتدت عقلته كما يأتى وذلك لأن العارض على شرف الزوال فلا يقاس على الخرس الأصلى .

ثم اعلم أن هذا فى كتابة غير مرسومة أى غير معتادة ، لما فى التبيين وغيره أن الكتاب على ثلاث مراتب : مستبين مرسوم وهو أن يكون معنونا : أى مصدرا بالعنوان ، وهو أن يكتب فى صدره من فلان إلى فلان على ماجرت به العادة فهذا كالنطق فلزم حجة . ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدران وأوراق الأشجار أو على الكاغد لا على الوجه المعتاد فلا يكون حجة إلا بانضمام شىء آخر إليه كالنية والإشهاد عليه والإملاء على الغير حتى يكتبه لأن الكتابة قد تكون للتجربة ونحوها ، وبهذه الأشياء تتعين الجهة وقيل الإملاء بلا إشهاد لايكون حجة والأول أظهر . وغير مستبين كالكتابة على الهواء أو الماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع ولا يثبت به شىء من الأحكام وإن نوى اه .

والحاصل أن الأول صريح والثانى كناية والثالث لغو . وبقى صورة رابعة عقلية لا وجود لها وهى مرسوم غير مستبين وهذا كله فى الناطق ففى غيره بالأولى ، لكن فى الدر المنتقى عن الأشباه أنه فى حق الأخرس يشترط أن يكون معنونا وإن لم يكن لغائب اه وظاهره أن المعنون من الناطق الحاضر غير معتبر .

وفى الأشباه : رجل كتب صك وصية وأشهد بما فيه ولم يقرأ وصيته عليهم قالوا لايجوز للشهود أن يشهدوا

ونكاح وطلاق وبيع وشراء وقود وغيرها من الأحكام : أى إيماء الأخرس فيما يذكر معتبر ، ومثله معتقل اللسان إن علمت إشارته واستمرت عقلته إلى موته به يفتى :

قلت : ومر فى الوصايا وذكره هنا الأكمل وابن الكمال والزيلعى وغيرهم .

ثم مفاد كلامهم أنه لو أقر بالإشارة أو طلق مثلا توقف فإن مات على عقلته نفذ مستندا وإلا لا وعليه ، فلو تزوج بالإشارة لايحل له وطؤها لعدم نفاذه ، لكنه إذا مات بحاله كان لها المهر من تركته قاله المصنف :

لكن ذكر ابنه فى الزواهر عند ذكر الأشباه الأحكام الأربعة أن قولهم والضابط للمقتصر والمستند أن ماصح تعليقه بالشرط يقع مقتصرا وما لايصح تعليقه يقع مستندا كما فى البحر من باب التعليق يخالف ذلك إذ مقتضاه وقوع الطلاق والعتاق ونحوهما مما يصح تعليقه بالشرط مقتصرا فتنبه (لا) تكون إشارته وكتابته كالبيان (فى حد)

بما فيه وهو الصحيح اه أى لأن الشهادة لاتكون إلا عن علم (قوله ومثله معتقل الخ) الأولى فى التعبير لامعتقل اللسان ، إلا إن علمت إشارته الخ تأمل (قوله به يفتى) هو رواية عن الإمام، ومقابله مافى الكفاية عن الإمام التمرتاشى تقديره بسنة ، قال فى الدر المنتقى : واستثنى العمادى المريض إذا طال عليه الاعتقال فإنه كالأخرس كما أفاده البرجندى معزيا للعمادية خلافا لما نقله القهستانى عنها ، فإنه إنما ذكره فيمن يرجى منه الكلام فافهم المرام اه وعبارة القهستانى : فلو أصابه فالج فذهب لسانه أو مرض فلم يقدر على الكلام بضعفه إلا أنه عاقل فأشار برأسه إلى وصية فقد صح وصيته ، وقال أصحابنا إنها لم تصح كما فى العمادى اه (قوله أو طلق مثلا) أى كما إذا أعتق ط (قوله نفذ مستندا) فلها أن تتزوج إن مضت عدتها من وقت الإشارة أو الكتابة وينفذ تصرف المتعوق من ذلك الوقت ط (قوله لعدم نفاذه) لأن نفاذه موقوف على موته على عقلته ، لا على إجازته ، حتى يقال : ينبغى أن يكون طلبه الوطء دليلا على إرادة النكاح فافهم (قوله لكن ذكر ابنه الخ) استدراك على قوله نفذ مستندا حتى فى الطلاق والعتاق (قوله الأحكام الأربعة) التى هى الاقتصار كما فى إنشاء الطلاق والعتاق والانقلاب ، كما إذا علق الطلاق والعتاق بالشرط ، فعند وجود الشرط ينقلب ماليس بعلة علة والاستناد كالمضمونات تملك عند أداء الضمان مستندة إلى وقت وجود السبب والتبيين ، مثل إن كان زيد اليوم فى الدار فأنت طالق ، وتبين فى الغد وجوده فيها يقع الطلاق فى اليوم ، وتعتد منه والفرق بين التبيين ، والاستناد أنه فى التبيين يمكن أن يطلع عليه العباد وفى الاستناد لايمكن اه من الأشباه ملخصا : وقدمنا تمام الكلام على ذلك فى باب الطلاق الصريح (قوله أن قولهم) مفعول ذكر ، وقوله : والضابط الخ مقول القول ، وجملة يخالف خبران (قوله يخالف ذلك) أى يخالف القول بالاستناد فى نحو : طلاق معتقل اللسان وعتاقه ط :

أقول : وعبارة البحر عند قول الكنز والتعليق إنما يصح فى الملك أو مضافا إليه :

ثم اعلم أن المراد بالصحة اللزوم ، فإن التعليق فى غير الملك، والمضاف إليه صحيح موقوف على إجازة الزوج حتى لو قال أجنبى لزوجة إنسان إن دخلت الدار فأنت طالق توقف على الإجازة ، فإن أجازه لزم التعليق : فتطلق بالدخول بعد الإجازة لاقبلها ، وكذا الطلاق المنجز من الأجنبى موقوف على إجازة الزوج ، فإذا أجازه وقع مقتصرا على وقت الإجازة ، ولا يستند بخلاف البيع الموقوف فإنه بالإجازة يستند إلى وقت البيع ، حتى ملك المشترى الزوائد المتصلة والمنفصلة والضابط فيه أن ماصح تعليقه بالشرط فإنه يقتصر ومالايصح تعليقه فإنه يستند اه فأنت تراه لم يجعل الضابط لكل مقتصر ، ومستند بل لنوع خاص منه ،وهو عقد الفضولى المتوقف على الإجازة وإلا لزم أن لايقع نحو الطلاق والعتاق إلا مقتصرا فى جميع الصور وليس كذلك قطعا لما مر عن الأشباه، وحينئذ فلامخالفة إذ ليست مسألتنا من هذا القبيل فتدبر (قوله فى حد) تناول جميع أنواع الحد أى لايحد الأخرس إذا كان

لأنها تدرأ بالشبهة لكونها حق الله تعالى ولا فى شهادة ما منية وهل يصح إسلامه بالإشارة ؟ ظاهر كلامهم نعم ولم أره صريحا أشباه :

(ابتلع الصائم بصاق محبوبه) يقضى و (يكفر وإلا) يكن محبوبه (لا) يكفر ومر فى الصوم .

(قتل بعض الحجاج عذر فى ترك الحج) مر فى الحج .

(منعها زوجها من الدخول عليها وهو يسكن معها فى بيتها نشوز) حكما كما حررناه فى باب النفقة (ولو) كان (المنع لينقلها إلى منزله) فليست ناشزة لوجوب السكنى عليه (أو كان يسكن فى بيت الغصب فامتنعت منه لا) تكون ناشزة لأنها محقة إذ السكنى فيه حرام بخلاف ما لو كان فيه (شبهة قالت : لا أسكن مع أمتك وأريد بيتا على حدة ليس لها ذلك) وكذا مع أم ولده وكله مر فى النفقة .

(قال لعبده يامالكى أو قال لأمته : أنا عبدك لاتعتق) لأنه ليس بصريح ولا كناية (بخلاف قوله) لعبده

قاذفا بالإشارة أو الكتابة ، وكذا إذا أقر بالزنا أو السرقة أو الشرب ، لأن المقر على نفسه ببعض الأسباب الموجبة للعقوبة مالم يذكر اللفظ الصريح لايستوجب العقوبة كفاية زاد فى الهداية ، ولا يحد له أى حد القذف خاصة إذا كان مقذوفا اه(قوله لأنها تدرأ بالشبهة الخ)والفرق بينها وبين القصاص : أن الحد لايثبت ببيان فيه شبهة ألا ترى أنه لو شهدوا بالوطء الحرام ، أو أقر بالوطء الحرام لايجب الحد ولو شهدوا بالقتل المطلق ، أو أقر بمطلق القتل يجب القصاص ، وإن لم يوجد التعمد لأن القصاص فيه معنى العوضية ، لأنه شرع جابرا ، فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التى هى حق العبد : أما الحدود الخالصة لله تعالى شرعت زاجرة وليس فيها معنى العوضية ، فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة هداية ، وقد اعترض العلامة الطورى كلامهم هنا بأنهم سووا بين الحدود والقصاص فى أن كلا منهما يدرأ بالشبهة كما صرحوا به فى مواضع كثيرة منها الكفالة فلا تجوز بالنفس فيهما ، ومنها الوكالة فلا تجوز باستيفائهما ، ومنها الشهادة على الشهادة لاتجوز فيهما ، وعللوا جميع ذلك بأنهما مما يدرأ بالشبهة ، وكذا فى كتاب الدعوى والجنايات وفرعوا على ذلك مسائل كثيرة اه ملخصا (قوله ولا فى شهادة ما) نقل فى فتح القدير عن المبسوط أنه إجماع الفقهاء ، لأن لفظ الشهادة لايتحقق منه وتمامه فيه (قوله ظاهر كلامهم) نعم تقدم فى كتاب الإقرار صريحا حيث قال والإيماء بالرأس من الناطق ليس بإقرار بمال وعتق وطلاق وبيع ونكاح وإجارة وهبة ، بخلاف إفتاء ونسب وإسلام وكفر الخ (قوله يقضى ويكفر) لوجود معنى صلاح البدن كما قدمه فى الصوم عن الدراية وغيرها (قوله لايكفر)أى بل يقضى فقط (قوله عذر فى ترك الحج) لأن أمن الطريق شرط الوجوب ، أو الأداء لكن الشارح هناك قيد أمن الطريق بغلبة السلامة ، ولو بالرشوة وعزاه إلى الكمال ، وبقتل بعض الأفراد لاتنتفى الغلبة ولذا قيده ط بالقتل فى كل مرحلة تأمل (قوله منعها زوجها) مصدر مضاف إلى فاعله (قوله نشوز حكما) لأن الناشزة هى الخارجة من بيت زوجها بغير حق ، ومنعها له عن الدخول إلى بيتها مع إرادتها السكنى فيه خروج حكما (قوله بخلاف مالو كان فيه شبهة) كبيت السلطان فهى ناشزة لعدم اعتبار الشبهة فى زماننا كذا فى التجنيس (قوله ليس لها ذلك) لأنه لابد له ممن يخدمه ، وقد تمتنع هى عن خدمته ، فلا يمكن منعه من ذلك ط (قوله وكذا مع أم ولده) وكذا مع طفله الذى لايفهم الجماع ، بخلاف بقية أهله وأهلها (قوله لأنه ليس بصريح ولا كناية) ظاهره أنه لاعتق ولو بالنية وفى الحموى عن البزازية .

قال لعبده : أو أمته أنا عبدك يعتق إن نوى ومثله فيما يظهر يامالكى ، لأن مؤدى العبارتين واحد ط وفى الخانية عن الصغار : فيمن قال لجاريته يامن أنا عبدك قال : هذه كلمة لطف لاتعتق بها فإن نوى العتق فعن محمد فيه

(يامولاى) لأنه كناية على مامر فى محله :

(العقار المتنازع فيه لايخرج من يد ذى اليد مالم يبرهن المدعى) على وفق دعواه بخلاف المنقول (أو يعلم به القاضى) ولا يكفى تصديق المدعى عليه أنه فى يده فى الصحيح لاحتمال المواضعة :

قلت : قدمنا غير مرة آخرها فى باب جناية المملوك أن المفتى به فى زماننا أنه لايعمل بعلم القاضى فتأمل. وهذا إذا ادعاه ملكا مطلقا أما إذا ادعى الشراء من ذى اليد وإقراره بأنه فى يده فأنكر الشراء وأقر بكونه فى يده لم يحتج لبرهان على كونه فى يده لأن دعوى الفعل كما تصح على ذى اليد تصح على غيره أيضا كما بسط فى البزازية :

(عقار لا فى ولاية القاضى يصح قضاؤه فيه) كمنقول هو الصحيح وتقدم فى القضاء أن المصر ليس بشرط فيه به يفتى ويكتب بالحكم لقاضى تلك الناحية ليأمره بالتسليم (وقيل لايصح) ومشى عليه فى الكنز والملتقى :

(قضى القاضى ببينة فى حادثة ثم قال : رجعت عن قضائى أو بدا لى غير ذلك أو وقعت فى تلبيس الشهود أو أبطلت حكمى أو نحو ذلك لايعتبر) قول القاضى فى كل ذلك لتعلق حق الغير به وهو المدعى (والقضاء ماض إن كان بعد دعوى صحيحة وشهادة مستقيمة) إلا فى ثلاث مرت فى القضاء ، لو بعلمه أو بخلاف مذهبه

روايتان (قوله على مامر فى محله) أى فى كتاب العتق :

أقول : وقد عده المصنف هناك من الصريح ، وهو ظاهر قول الزيلعى وغيره هنا ؛ لأن حقيقته تنبىء عن ثبوت الولاء على العبد ، وذلك بالعتق لأنه يمكن إثباته من جهته ، وقوله : يامالكى أو أنا عبدك حقيقة ينبىء عن ثبوت ملك العبد على المولى ، وذلك لايمكن إثباته من جهة المولى اه :

أقول : ويظهر من هذا وجه تخصيصهم المولى هنا بالمعتوق ، وإن كان يطلق على المعتق بالاشتراك ؛ لأنه لايمكن إثباته منجهة السيد : أى لايمكنه أن يجعل لعبده ولاء عليه ، فكان لغوا فتعين إرادة المعنى الممكن فافهم (قوله مالم يبرهن المدعى على وفق دعواه) كذا فى شرح مسكين والمناسب قول الزيلعى وغيره ، مالم يبرهن على أن العقار فى يد المدعى عليه ، لأن دعوى المدعى الملك كما سيصرح به (قوله ولا يكفى الخ) تصريح بما فهم من إطلاق قوله مالم يبرهن (قوله لاحتمال المواضعة) أى الموافقة إذا كان مالك العقار غائبا فيتواضع اثنان ، ويقر أحدهما باليد ويبرهن الآخر عليه بالملك ، ويتسامح فى الشهود ثم يدفع المالك ، متعللا بحكم الحاكم وهذه التهمة فى المنقول منتفية ، لأن يد المالك لاتنقطع عن المنقول عادة بل يكون فى يده بحر عن البزازية (قوله وهذا) أى لزوم إثبات اليد بالبرهان (قوله أما إذا ادعى الشراء) ومثله الغصب (قوله وإقراره) بالنصب عطفا على الشراء (قوله لأن دعوى الفعل) كالشراء مثلا (قوله تصح على غيره) لأنه يدعى عليه التمليك وهو يتحقق من غير ذى اليد ، فعدم ثبوت اليد بالإقرار لايمنع صحة الدعوى ، أما دعوى الملك المطلقة ، فدعوى ترك التعرض بإزالة اليد ، وطلب إزالتها لايتصور إلى من ذى اليد وبإقراره لايثبت كونه ذا يد لاحتمال المواضعة كما قررناه منح عن البزازية (قوله هو الصحيح) قال فى البحر : أول كتاب القضاء : ولا يشترط أن يكون المتداعيان من بلد القاضى إذاكانت الدعوى فىالمنقول والدين، وأما إذا كانت فىعقار لا فىولايته فالصحيح الجواز كما فى الخلاصة والبزازية وإياك أن تفهم خلاف ذلك فإنه غلط اه (قوله ليس بشرط فيه) فالقضاء فى السواد صحيح وبه يفتى بحر (قوله ويكتب الخ) راجع لمسألة المتن (قوله قضى القاضى ببينة) إنما ذكره لقوله بعد : أو وقعت فىتلبيس الشهود وإلا فالإقرار كالبينة فيا يظهر ط (قوله ونحو ذلك) كنقضته أو فسخته أو رفعته ط عن الحموى (قوله إن كان بعدِ دعوى صحيحة) تقدمتِ شروط صحتها فى القضاء ويأتى شيء منها (قوله إلا فى ثلاث الخ) الاستثناء

أو ظهر خطؤه (إذا قال الشهود قضيت وأنكر القاضي فالقول له) به يفتى قاله ابن الغرس في الفواكه البدرية زاد في البزازية خلافا لمحمد زاد في البحر (مالم ينفذه قاض آخر) فحينئذ لايكون القول قوله في أنه لم يقض لوجود قضاء الثاني به : قال المصنف : وهو قيد حسن لم أقف عليه لغير صاحب البحر :

(شرط نفاذ القضاء في المجتهدات) من حقوق العباد (أن يصير الحكم في حادثة) بأن يتقدمه دعوى صحيحة من خصم على خصم حاضر منازع شرعي ، فلو برهن بحق على آخر عند قاض فقضى به ببرهانه بدون منازعة ، ومخاصمة شرعية وتداع بينهما لم ينفذ قضاؤه لفقد شرطه ، وهو التداعي بخصومة شرعية وكان إفتاء فيحكم بمذهبه لاغير كما قدمناه في القضاء وأفاده بقوله (فلو رفع إليه) أي إلى الحنفي (قضاء مالكي بلا دعوى لم يلتفت إليه وعمل الحنفي بمقتضى مذهبه) لعدم تقدم مايمنعه من ذلك لخروج قضاء المالكي مخرج الفتوى ، لعدم تقدم الخصومة الشرعية التي هي شرط انعقاد القضاء في حق العباد :

(إذا ارتاب) القاضي (في حكم) القاضي (الأول له طلب شهود الأصل) مر في القضاء قيد بارتيابه في حكم الأول فأفاد أنه إذا لم يرتب فيه لايتعرض له قال الفواكه البدرية قالوا في قضاء العدل العالم لاينقض ، ويحمل على السداد بخلاف قضاء غيره يعني إذا تبين وجه فساده بطريقه فللثاني نقضه :

بالنسبة للأولى غير ظاهر إذ لاشهادة فيها تأمل (قوله أو ظهر خطؤه) أي بيقين كما لو قضى بالقصاص مثلا فجاء المقتول حيا أو كان مجتهدا فرأى النص بخلافه ، كما لو تحول اجتهاده وأفاد الزيلعي عن المحيط : أن النبي صلى الله عليه وسلم إنما لم ينقض ماقضى فيه باجتهاده ، ونزل القرآن بخلافه لأنه كان فيما لانص فيه فصح ، وصار شريعة له فإذا نزل القرآن بخلافه صار ناسخا لتلك الشريعة ، بخلاف ما إذا قضى القاضي باجتهاده ، ثم تبين نص بخلافه ، لأن النص كان موجودا منزلا إلا أنه خفي عليه فكان الاجتهاد في محل النص فلا يصح وتمامه فيه :

وفي أشباه السيوطي عن السبكي : أن قضاء القاضي ينقض عند الحنيفة إذا كان حكما لا دليل عليه ، وما خالف شرط الواقف مخالف للنص وهو حكم لادليل عليه ، وأيده في البحر بقول شارح المجمع وغيره أن شرط الواقف كنص الشارع (قوله وأنكر القاضي) أما لو اعترف فيثبت حيث كان مولى لا لو معزولا وفي البزازية ، وإن أرادوا أن يثبتوا حكم الخليفة عند الأصل ، فلا بد من تقديم دعوى صحيحة على خصم حاضر ، وإقامة البينة كما لو أرادوا إثبات قضاء قاض آخر اه بحر (قوله خلافا لمحمد) قال في البحر : ورجح في جامع الفصولين قول محمد قال : وينبغي أن يفتى به لما علم من أحوال قضاة زماننا اه (قوله لوجود قضاء الثاني به) فإنه لاينفذه إلا بعد ثبوته عنده ، ولا بد فيه من الدعوى أيضا ه

قال في البحر : ولا بد في إمضاء الثاني لحكم الأول من الدعوى أيضا ولا يشترط إحضار شهود الأصل اه فلو قبل قول الأول لزم إبطال القضاء الثاني بمجرد قوله بعد الثبوت ، والإمضاء فإنه مبني على الأول ولا سيما إذا كان مخالفا لمذهب القاضي الثاني فافهم (قوله من حقوق العباد) قيد به لأن الحادثة لاتشترط في حقوق الله تعالى كالحدود ، وعتق الأمة وطلاق الزوجة ط (قوله منازع شرعي) كأصيل أو وكيل أو وصي أو متول ، أو أحد الورثة بخلاف الفضولي ، والمودع والمستعير فإن نزاعهما لايعتبر (قوله فقضى به ببرهانه) الباء الأولى للتعدية والثانية للسببية ط (قوله بدون منازعة) متعلق بمحذف حال ، والمراد بدون حضور منازع ممن تقدم (قوله فيحكم بمذهبه) يعني لو رفع هذا الحكم إلى قاض آخر يحكم بمذهبه ولايجب عليه تنفيذ الأول لأنه ليس ملزما لفقد شرطه ، وإنما هو إفتاء أي بيان الحكم الشرعي (قوله أي إلى الحنفي) أي مثلا فإن غيره إن كان يشترط ماذكر فحكمه كذلك (قوله إذا ارتاب الخ) نقله في النهر عن صاحب البحر ، وقال لم أجده لغيره (قوله يعني الخ) أقول على هذا

(إذا ترتب بيع التعاطى على بيع باطل أو فاسد لاينعقد) مر فى أول البيوع عن الخلاصة والبزازية والبحر (خبأ قوما ثم سأل رجلا عن شىء فأقر به وهم يرونه ويسمعون كلامه وهو لايراهم جازت شهادتهم عليه) بذلك الإقرار (وإن سمعوا كلامه ولم يروه لاتجوز) شهادتهم عليه لأن النغمة تشتبه عليه فتقع الشبهة إلا إذا علموا أنه ليس فيه غيره بأن دخلوا البيت ثم خرجوا وجلسوا على بابه ولا مسلك له غيره ثم دخل رجل فسمعوا إقراره ولم يروه وقته :

(باع عقارا) أو حيوانا أو ثوبا (وابنه أو امرأته) أو غيرهما من أقاربه

لافرق بين قضاء العدل العالم وغيره ، فلو قيل يعنى لايتعرض لنقضه لكان أحسن : أى لايسأل عن الأحوال الموجبة للنقض ، فلايقال هل قضى بالرشوة ونحو ذلك بقرينة قولهم : ويحمل على السداد وأما غير العدل العالم فيسأل عن حاله (قوله مر فى أول البيوع الخ) ومر أنه محمول على ما إذا كان قبل متاركة الأول ، وأنه ليس خاصا بالبيع بالتعاطى ، بل البيع بالإيجاب ، والقبول كذلك .

وفى الخانية : شرى ثوبا شراء فاسدا ثم لقيه غدا فقال : قد بعتنى ثوبك هذا بألف درهم فقال : بلى فقال قد أخذته فهو باطل وهذا على ماكان قبله من البيع الفاسد فإن كانا تتاركا البيع الفاسد فهو جائز اليوم اه :

أقول : ويرد عليه ما ذكره الشارح هناك فى مسألة بيع قطيع غنم كل شاة بكذا إنه فاسد ، وإن علم بعدد الغنم فى المجلس لم ينقلب صحيحا على الأصح ، ولو رضيا انعقد بالتعاطى ونظيره البيع بالرقم سراج اه ومثله فى النهاية والفتح وغيرهما فليتأمل (قوله ثم دخل رجل) أى وحده كما أفاده قوله لا إذا علموا أنه ليس فيه غيره ، وعليه فلو دخل معه المقر له لاتجوز شهادتهم لحصول الشبهة باحتمال أن المقر هو مدعى الحق ، وأنه جعل نغمته كنغمة الآخر تأمل (قوله باع عقارا الخ) وكذا لو وهب أو تصدق وسلم وقيد بالبيع إذ لو أجر أو رهن ، أو أعار ثم ادعى الحاضر تسمع إذ ليس من لوازم ذلك الخروج عن الملك ، وقد يرضى الشخص بالانتفاع بملكه ، ولا يرضى بالخروج عن ملكه ، ولأنه فى البيع ونحوه على خلاف القياس ، فلا يقاس عليه غيره ولم أر من نبه عليه فليتأمل رملى :

أقول : ومثل البيع الوقف كما أفتى به الشهاب الشلبى ، ووافقه على ذلك ثلاثة عشر عالما من أعيان الحنفية فى عصره كتب أسماءهم وخطوطهم بموافقته فى آخر كتاب الدعوى من فتاويه المشهورة فراجعها :

ثم اعلم أن التقييد بالبيع إنما يظهر بالنسبة إلى القريب ، أما بالنسبة إلى الأجنبى ، فلا لما فى جامع الفتاوى أول كتاب الدعوى عن الخلاصة رجل تصرف فى أرض زمانا ورجل آخر يرى تصرفه فيها ، ثم مات المتصرف ولم يدع الرجل حال حياته لاتسمع دعواه بعد وفاته اه :

وفى الحامدية عن الولوالجية : رجل تصرف زمانا فى أرض ورجل آخر يرى الأرض والتصرف ، ولم يدع ومات على ذلك لم تسمع بعد ذلك دعوى ولده فتترك على يد المتصرف اه :

والظاهر أن الموت غير قيد بدليل أنهم لم يقيدوا به هنا وبه علم أن مجرد السكوت عند الاطلاع على التصرف مانع ، وإن لم يسبقه بيع ، وأما السكوت عند البيع فلا يمنع إلا دعوى القريب :

ثم اعلم أنه نقل العلامة ابن الغرس فى الفواكه البدرية عن المبسوط إذا ترك الدعوى ثلاثا وثلاثين سنة ، ولم يكن مانع من الدعوى ، ثم ادعى لاتسمع دعواه لأن ترك الدعوى مع التمكن يدل على عدم الحق ظاهرا اه ومثله فى البحر وفى جامع الفتاوى وقال المتأخرون من أهل الفتوى : لاتسمع الدعوى بعد ست وثلاثين سنة إلا أن يكون المدعي غائبا أو صبيا أو مجنونا ليس لهما ولي ، أو المدعي عليه أميرا جائرا يخاف منه كذا فى الفتاوى

(حاضر يعلم به ثم ادعى الابن) مثلا (أنه ملكه لاتسمع دعواه) كذا أطلقه فى الكنز والملتقى وجعل سكوته كالإفصاح قطعا للتزوير والحيل، وكذا لو ضمن الدرك أو تقاضى الثمن وقالوا فيمن زوجوه بلا جهاز إن سكوته عن طلب الجهاز عند الزفاف رضا فلا يملك طلب الجهاز بعد سكوته كما مر فى باب المهر (بخلاف الأجنبى) فإن سكوته و (لو جارا) لا يكون رضا (إلا إذا) سكت الجار وقت البيع والتسليم و (تصرف المشترى فيه زرعا وبناء) فحينئذ (لاتسمع دعواه) على ما عليه الفتوى قطعا للأطماع الفاسدة، وبخلاف ما إذا باع الفضولى ملك رجل والمالك ساكت

العتابية اه والظاهر أن عدم سماعها بعد هذه المدة أعم من كونه مع الاطلاع على التصرف أو بدونه، لأن عدم سماعها مع الاطلاع على التصرف لم يقيدوه هنا بمدة، فلا منافاة بين كلامهم تأمل:

ثم اعلم أن عدم سماعها ليس مبنيا على بطلان الحق، حتى يرد أن هذا قول مهجور، لأنه ليس ذلك حكما ببطلان الحق، وإنما هو امتناع من القضاة عن سماعها خوفا من التزوير ولدلالة الحال كما دل عليه التعليل، وإلا فقد قالوا إن الحق لايسقط بالتقادم كما فى قضاء الأشباه فلا تسمع الدعوى فى هذه المسائل، مع بقاء الحق للآخرة ولذا لو أقر به يلزمه كما فى مسألة عدم سماع الدعوى بعد مضى خمس عشرة سنة إذا نهى السلطان عن سماعها كما تقدم قبيل باب التحكيم فاغتنم هذا التحرير المفرد (قوله حاضر) المراد من الحضور الاطلاع رملى (قوله مثلا) أى أو الزوجة أو غيرها من الأقارب (قوله إنه ملكه) أى كله أو بعضه مشاعا أو معينا والذى يظهر عدم سماع الدعوى فى الثمن أيضا، ويؤيده مافى التبيين وغيره من أن حضوره، وتركه فيما يصنع إقرار منه بأنه ملك البائع وأن لاحق له فى المبيع الخ رملى (قوله كذا أطلقه فى الكنز الخ) أى أطلقه عما قيده به الزيلعى نقلا عن فتاوى أبى الليث بأن يتصرف المشترى فيه زمانا قال فى المنح ولم يقيده بذلك فى الكنز والبزازية، وكثير من المعتبرات، ومن ثم لم نقيده به ولأن التقييد به يوجب التسوية بين القريب والجار مع أن الجار يخالفه اه وحكى فى المسألة أقوالا أخر فراجعها (قوله وجعل سكوته كالإفصاح) أى بأنه ملك البائع، وفى فتاوى المصنف: إذا ادعى عدم العلم بأنه ملكه وقت البيع يصدق:

وقال فى نهج النجاة أقول: وهذا إذا لم يكن المدعى معذورا، وإلا فتسمع دعواه فقد قالوا يعذر الوارث والوصى والمتولى بالتناقض للجهل فى موضع الخفاء اه وقال الاستروشنى: اشترى دارا لطفله من نفسه فكبر الإبن ولم يعلم، ثم باعها الأب وسلمها للمشترى ثم استأجرها الإبن منه ثم علم بما صنع الأب، فادعى الدار تقبل ولا يصير متناقضا بالاستئجار لأن فيه خفاء لأن الأب يستبد بالشراء للصغير وعسى لايعلم بعد البلوغ اه سائحانى (قوله وكذا لو ضمن الدرك الخ) الأولى ذكره بعد الأجنبى لئلا يوهم اختصاصه بالقريب وأوضح المسألة الزيلعى فراجعه (قوله فلا يملك الخ) أى على القول بأن له الطلب وهو خلاف الصحيح (قوله بخلاف الأجنبى) قال الرملى: أقول: الذى ظهر لى فى الفرق أن الأطماع الفاسدة فى القريب أغلب، فمظنة التلبيس فيه أرجح، ولذلك غلب فى الأقرباء خصوصا فى دعوى الإرث لسهولة إثباته، بخلاف الأجنبى فإن طمعه فى مال من هو أجنبى عنه نادر، فلا بد من مرجح يرجح جهة التزوير: وهى أن يتصرف فيه المشترى زمانا (قوله إلا إذا سكت الجار) وغيره من الأجانب بالأولى فتخصيص الجار بالذكر، لأنه مظنة أنه فى حكم القريب والزوجة (قوله وقت البيع والتسليم) أى وقت علمه بهما كما أفاده كلام الرملى السابق، وقد علمت أن البيع غير قيد، بل مجرد السكوت عند الاطلاع على التصرف مانع من الدعوى (قوله زرعا وبناء) المراد به كل تصرف لايطلق إلا للمالك فهما من قبيل التمثيل (قوله لاتسمع دعواه) أى دعوى الأجنبى ولو جارا رملى (قوله وبخلاف ما إذا باع الفضولى الخ) ذكرها لأدنى مناسبة وإلا فالكلام فيما إذا ادعى الساكت الملك، وأنكر البائع، والمشترى

حيث ألا يكون سكوته رضا عندنا خلافا لابن أبي ليلى بزازية آخر الفصل الخامس عشر وغيره :

(باع ضيعة ثم ادعى أنها وقف عليه) أو على مسجد كذا أو كنت وقفتها (وأراد تحليف المدعى عليه ليس له ذلك) اتفاقا للتناقض (وإن أقام بينة تقبل) على الأصح لا لصحة الدعوى ، بل لقبول البينة في الوقف بلا دعوى خلافا لما صوبه الزيلعي وقد حققناه في الوقف وباب الاستحقاق :

(وهبت مهرها لزوجها فماتت وطالبت ورثتها بمهرها وقالوا كانت الهبة في مرض موتها وقال بل في الصحة فالقول للورثة) هذا ما اعتمده في الخانية تبعا لرواية الجامع الصغير بعد نقله لما في فتاوى النسفي أن القول للزوج ، فقال : والاعتماد على تلك الرواية لأنهم تصادقوا على وجوب المهر : واختلفوا في السقوط فالقول لمنكره الخ :

قلت : وأقره في تنوير البصائر واعتمده شيخنا على خلاف ماجزم به في الملتقى كالكنز من أن القول للزوج ، وإن جزم به شراحه كالزيلعي وابن سلطان بأنه الاستحسان فتنبه :

قلت : واستظهره ابن الهمام في آخر النهر فقال : وجه الظاهر أن الورثة لم يكن لهم حق بل لها وهم يدعونه لأنفسهم ، والزوج ينكر فالقول له :

(وكلها بطلاقها لايملك عزلها) لأنه يمين من جهته (وكلتك بكذا على أني متى عزلتك فأنت وكيلي) فطريقة

وهنا لا إنكار (قوله لايكون سكوته رضا عندنا) في فتاوى أمين الدين عن المحيط إذا اشترى سلعة من فضولي ، وقبض المشتري المبيع بحضرة صاحب السلعة فسكت يكون رضا اه ومثله في البزازية عن المحيط أيضا .

فعلم به أن محل ماهنا ما إذا لم يقبض المشتري السلعة بحضرة صاحبها ، وهو ساكت تأمل رملي (قوله آخر الفصل الخامس عشر) أي من كتاب الدعوى (قوله وغيره) أي في الفصل التاسع من النكاح ، وقد نقلها الزيلعي هنا عن الجامع الصغير (قوله تقبل على الأصح) وبه أخذ الصدر الشهيد :

وقال الفقيه قال بعض الناس : لاتقبل البينة ولكنا لانأخذ به تاترخانية ، وبه : أي بالقبول نأخذ وهو الأصح عمادية تقبل البينة ، وإن لم تصح الدعوى خلاصة وبزازية ، وصححه في كثير من الفتاوى :

وقيده في البحر بما إذا برهن أنه وقف محكوم بلزومه ، وإلا فلا لأن مجرد الوقف لايزيل الملك ، ومثله في فتح القدير وهو تفصيل حسن ينبغي أن يعول عليه ، أفاده المصنف قلت : المفتى به أن الملك يزول بمجرد قوله وقفت (قوله خلافا لما صوبه الزيلعي) حيث قال : وقيل لاتقبل وهو أصوب وأحوط لأنه بإقامة البينه أن الضيعة وقف عليه يدعى فساد البيع وحقا لنفسه فلا تسمع للتناقض اه وظاهره أنه لو على مسجد أو نحوه تسمع إذ لايدعى حقا لنفسه (قوله فالقول للورثة) هذا عند عدم البرهان ، فإن أقاموا البرهان ، فالبينة بينة من يدعى الهبة في الصحة منح :

قلت : وعلى القول الثاني فالظاهر أن البينة للورثة (قوله هذا ما اعتمده في الخانية) وتصحيح قاضيخان من أجل التصاحيح وهذا من المسائل التي رجحوا القياس فيها على الاستحسان سائحاني (قوله بعد نقله) ضميره كضمير قال يرجع إلى قاضيخان ط (قوله إلى آخره) هو قوله ولأن الهبة حادثة والأصل في الحوادث أن تضاف إلى أقرب الأوقات اه (قوله بأنه الاستحسان) الباء للسببية وهو مرتبط بقوله جزم ط (قوله واستظهره) أي كون القول للزوج (قوله وجه الظاهر) مفاده أنه ظاهر الرواية (قوله لم يكن لهم حق) أي وقت الهبة (قوله لأنه يمين من جهته) لما فيه من معنى اليمين وهو تعليق الطلاق بفعلها ، فلا يصح الرجوع في اليمين ، وهو تمليك من جهتها لأن الوكيل هو الذي يعمل لغيره وهي عاملة لنفسها ، فلا تكون وكيلة بخلاف الأجنبي زيلعي ولمعنى

أن (يقول فى عزله عزلتك ثم عزلتك) لأن متى لعموم الأوقات ، وأما كلما فلعموم الأفعال (فلو قال كلما عزلتك فأنت وكيلى يقول) فى عزله (رجعت عن الوكالة المعلقة وعزلتك عن الوكالة المنجزة) الحاصلة من لفظ كلما فحينئذ ينعزل :

(قبض بدل الصلح شرط إن) كان (دينا بدين) بأن صالح على دراهم عن دنانير أو عن شئ آخر فى الذمة (وإلا) يكن دينا بدين (لا) يشترط قبضه لأن الصلح إذا وقع على عين تتعين لاتبقى دينا فى الذمة ، فجاز الافتراق عنه :

(قال) المدعى (لابينة لى فبرهن) ولو بعد حلف خصمه جواهر الفتاوى وكذا لو قال عند طلبه ليمينه إذا حلفت فأنت برىء عن المال الذى لى عليك وحلف وثم برهن على الحق قبل وقضى له بالمال خانية (أو قال) الشاهد (لاشهادة لى) فشهد تقبل لإمكان التوفيق بالنسيان ، ثم التذكر (كما او قال ليس لى عند فلان شهادة ثم جاء به فشهد أو قال لاحجة لى على فلان ثم أتى بها) بالحجة فإنها تقبل لما قلنا بخلاف ما إذا قال ليس لى حق ، ثم ادعى حقا لم تسمع للتناقض (للإمام الذى ولاه الخليفة أن يقطع) من الإقطاع (إنسانا

التمليك اقتصر على المجلس كما مر فى باب تفويض الطلاق (قوله لأن متى لعموم الأوقات) أى فلا تفيد إلا عزلا ونصبا واحدا :

قال الزيلعى : فإذا عزله انعزل عن الوكالة المنجزة وتنجزت المعلقة ، فصار وكيلا جديدا ثم بالعزل الثانى انعزل عن الوكالة الثانية (قوله يقول فى عزله رجعت الخ) لأنه لو عزله عن المنجزة من غير رجوع لصار وكيلا مثل ماكان ولو عزله ألف مرة لأن كلمة كلما تقتضى تـكرار الأفعال لا إلى نهاية ، فلا يفيد العزل إلا بعد الرجوع حتى لو عزله ، ثم رجع عن المعلقة يحتاج إلى عزل آخر لأنه كلما عزله صار وكيلا ، فلا يفيد الرجوع بعد ذلك عن المعلقة فى حقها لأنه يحتاج إلى عزل آخر بعد الرجوع زيلعى وتمامه فيه (قوله الحاصلة من لفظ كلما) هكذا فى المنح أيضا وهو سهو لأن المنجزة حصلت من قوله : أنت وكيلى والمعلقة حصلت من قوله كلما عزلتك الخ سائحانى (قوله أو عن شىء آخر) أى من غير الدراهم لقول مسكين هذا إذا كان على خلاف جنسه ، لأنه لو صالح على جنسه مؤجلا جاز (قوله فى الذمة) صفة لدراهم ودنانير وشئ آخر تأمل (قوله وإلا) أى بأن كان عقارا بعقار أو عقارا بدين مسكين (قوله لم تتعين) صفه لعين أى تتعين بالإشارة إليها (قوله فجاز الافتراق عنه) أى وإن كان مال الربا كما إذا وقع الصلح على شعير بعينه عن حنطة فى الذمة زيلعى (قوله قبل الخ) لأنه لا يصح تعليق الإبراء بالخطر (قوله أو قال لا حجة لى) لماكانت الحجة تصدق بشهادة الواحد فما يكتفى به ذكرها عقب البينة سائحانى أى فلا تـكرار فافهم (قوله بخلاف ما إذا قال ليس لى حق) أى على فلان ، وإنما حذفه للعلم به من المتن ، وعبارة المنح ، بخلاف ما إذا قال ليس لى عليه حق الخ :

وفيها : ولو قال هذه الدار ليست لى أو قال ذلك العبد ثم أقام بينة ، أن الدار أو العبد له تقبل بينته ، لأنه لم يثبت بإقراره حقا لأحد فـكان لغوا ، ولهذا تصح دعوى الملاعن لسب ولد نفى بلعانه نسبه ، لأنه حين نفاه لم يثبت فيه حقا :

وفيها ولو قال لا أعلم لأن لى حقا على فلان ثم أقام البينة أن له عليه حقا تقبل لإمكان الخفاء عليه فأمكن التوفيق (قوله لم تسمع للتناقض) قد يقال : إن التوفيق المذكور ممكن هنا أيضا فلماذا لم يعتبر ، ويمكن التوفيق بأنه فى هذه المسئلة ثبتت براءة ذمة المدعى عليه بالقول الأول ثم يريد شغلها بالثانى ولا يقبل ط (قوله إن يقطع)

من طريق الجادة إن لم يضر بالمارة) لأن للإمام ولاية ذلك فكذا نائبه .

(صادره السلطان ولم يعين بيع ماله فلو عينه فمكره إلا أن يأخذ الثمن طوعا فباع ماله) بسبب المصادرة (صح) بيعه لأنه غير مكره كما مر فى الإكراه (كالدائن إذا حبس بالدين فباع ماله لقضائه صح) إجماعا .

(خوفها) زوجها أو غيره (بالضرب حتى وهبت مهرها لم يصح إن قدر على الضرب) لأنها مكرهة عليه (وإن أكرهها على الخلع وقع الطلاق ولم يسقط المال) لأن طلاق المكره واقع ولا يلزم المال به لما قلنا (ولو أحالت إنسانا على الزوج ثم وهبت المهر الزوج لم يصح) قالوا وهو الحيلة .

قلت : وإنما تتم بقبوله فيعلم حيلتها إلا أن يقال إنه يتمكن المحال من مطالبته

أى يعين له قطعة ط عن الحموى (قوله من طريق الجادة) هو وسط الطريق ومعظمه ط (قوله إن لم يضر بالمارة) بأن كان واسعا لا يضيق بذلك قال فى المعدن : قيد به لأنه لو أضر بالمارة لا يقطع إذ فيه قطع الطريق ، وليس له أن يقطع الطريق ، وإن كان لهم طريق أخرى ، حتى لو فعل ذلك فهو آثم ، وإن رفع إلى القاضى رده كذا فى نصاب الفقهاء ، وذكر فى الخانية قال للسلطان أن يجعل ملك الرجل طريقا عند الحاجة اه ط (قوله لأن للإمام ولاية ذلك) إذ له التصرف فى حق الكافة فيما فيه نظر للمسلمين ، فإذا رأى ذلك مصلحة لهم كان له أن يفعله من غير أن يلحق ضررا بأحد ، ألا ترى أنه إذا رأى أن يدخل بعض الطريق فى المسجد ، أو عكسه وكان فى ذلك مصلحة بالمسلمين كان له أن يفعل ذلك منح والمراد هنا بالإمام الخليفة ليناسب قوله فكذا نائبه (قوله صادره السلطان) أى أراد أن يأخذ منه مالا ط (قوله لأنه غير مكره) فإنه إنما باعه باختياره غاية الأمر أنه صار محتاجا إلى بيعه لإيفاء ما طلب منه ، وذلك لا يوجب الكره منح (قوله كالدائن إذا حبس) بالبناء للفاعل والمفعول محذوف وهو المديون ط (قوله بالضرب) الظاهر أنه أراد به المبرح ط (قوله على الخلع) أى على المخالعة معه بمال (قوله لأن طلاق المكره واقع) كذا علل الزيلعى وغيره وتعقبه الشلبى بأنه إذا كان الزوج ، هو الذى أكرهها لا يصح هذا التعليل إلا إذا قرئ وإن أكرها أى الزوج والمرأة أى أكرههما إنسان اه أبو السعود .

أقول : أو يقرأ المكره بالكسر اسم فاعل (قوله ولا يلزم المال) أى بدل الخلع ولما كان ذلك البدل تارة يكون ما فى ذمة الزوج من المهر وتارة يكون غيره وقد عبر المصنف بما يناسب الأول ، وهو السقوط عبر الشارح بما يناسب الثانى جمعا بينهما (قوله لما قلنا) أى من أنها مكرهة وسقوط المال أو لزومه يشترط له الرضا (قوله قالوا وهو الحيلة) قال فى المنح : ذكر هذا الفرع فى الكنز وغيره ، وظاهر كلامهم أن هذا هو المخلص لامرأة تريد أن ترضى زوجها بهبة المهر ظاهراً وهى لا تريد صحة ذلك اه (قوله قلت الخ) هو للمصنف وأقول : إنما تنفعها هذه الحيلة فى الخلع لو علم الزوج أن لا مهر عليه لما فى الخلاصة خلع امرأته بمالها عليه من المهر ظنا منه أن لها عليه بقية المهر ، ثم تذكر عدمه وقع الطلاق عليها بمهرها ، فيجب عليها أن ترد المهر إن قبضت ؛ أما إذا علم أن لا مهر لها عليه بأن وهبت صح الخلع ، ولا ترد عليه شيئا اه .

وأقول أيضا : ليس فى كلام الكنز وغيره ما يقتضى أن هذا الفرع حيلة لما تقدم ، حتى يرد عليه ما ذكر وإنما هو حيلة لغيره ففى حيل الأشباه قال لها إن لم تهبينى صداقك اليوم فأنت طالق ، فالحيلة أن تشترى منه ثوبا ملفوفا بمهرها ثم ترده بعد اليوم فيبقى المهر ولا حنث اه .

وفى مداينات الأشباه عن القنية وله أى لعدم صحة الهبة ثلاث حيل : أحدها : شراء شىء ملفوف من زوجها بالمهر قبل الهبة ، والثانية : صلح إنسان معها عن المهر بشىء ملفوف قبل الهبة ، والثالثة : هبة المرأة المهر لابن الصغير لها قبل الهبة وفى الأخير نظر اه فليكن ما هنا حيلة أخرى لذلك تأمل وإنما لم يحنث فيما ذكر لعدم

برفعه إلى من لا يشترط قبوله .

(اتخذ بئرا فى ملكه أو بالوعة فنز منها حائط جاره وطلب جاره تحويله لم يجبر) عليه ومفاده أنه يؤمر بالرفق دفعا للإيذاء (وإن سقط الحائط منه لم يضمن) لعدم تعديه إذا حفره فى ملكه فكان تسببا ومر فى آخر الإجارة أنه لو سقى أرضه سقيا لا تحتماه فتعدى لجاره ضمن .

(عمر دار زوجته بماله بإذنها فالعمارة لها والنفقة دين عليها) لصحة أمرها (ولو) عمر (لنفسه بلا إذنها فالعمارة له) ويكون غاصبا للعرصة فيؤمر بالتفريغ بطلبها ذلك (ولها بلا إذنها فالعمارة لها وهو متطوع) فى البناء فلا رجوع له ولو اختلفا فى الإذن وعدمه ، ولا بينة فالقول لمنكره بيمينه ، وفى أن العمارة لها أو له فالقول له لأنه هو المتملك كما أفاده شيخنا

إمكان البرفى اليوم ، وإنما قيد بالملفوف ليثبت الرد بخيار الرؤية بعد مضى اليوم (قوله برفعه إلى من لا يشترط قبوله) أى إلى قاض لا يرى أن قبول المحال عليه شرط لتمام الحوالة كقاض مالكى (قوله لم يجبر) قال فى جامع الفصولين : والحاصل أن القياس فى جنس هذه المسائل أن من تصرف فى خالص ملكه لا يمنع منه، وإن أضر بغيره لكن ترك القياس فى محل يضر بغيره ضررا بينا فقيل بالمنع وبه أخذ كثير من مشايخنا وعليه الفتوى اه (قوله ومفاده الخ) فيه تأمل (قوله لعدم تعديه الخ) أقول : الأنسب فى التعبير أن يقال لأنه متسبب غير متعد إذ حفره فى ملكه : أى لأن المتسبب لا يضمن إلا إذا تعدى كوضع الحجر فى الطريق (قوله ضمن) لأنه جعل مباشرا وفى جامع الفصولين تفصيل حيث قال : فلو أجرى الماء فى أرضه إجراء لا يستقر فيها ضمن ولو يستقر فيها ثم يتعدى إلى أرض جاره فلو تقدم إليه جاره بالسكر والأحكام ، ولم يفعل ضمن كالأشهاد على الحائط المائل والألم يضمن اه .

قال الرملى فى حاشيته عليه : أقول : يعلم منه جواب حادثة الفتوى اتخذ فى داره بالوعة أوهنت بناء جاره لسريان الماء إلى أسه فتقدم إليه بأحكام البناء ، حتى لا يسرى الماء تأمل اه وبه يقيد إطلاق قول المصنف لم يضمن ولا سيما على ما قدمناه من القول المفتى به (قوله عمر دار زوجته الخ) على هذا التفصيل عمارة كرمها وسائر أملاكها جامع الفصولين ، وفيه عن العدة كل من بنى فى دار غيره بأمره فالبناء لآمره ولو لنفسه بلا أمره فهو له ، وله رفعه إلا أن يضر بالبناء ، فيمنع ولو بنى لرب الأرض، بلا أمره ينبغى أن يكون متبرعا كما مر اه وفيه بنى المتولى فى عرصة الوقف أن من مال الوقف فللوقف، وكذا لو من مال نفسه ، لكن للوقف ولو لنفسه من ماله ، فإن أشهد فله وإلا فللوقف بخلاف أجنبى بنى فى ملك غيره (قوله والنفقة دين عليها) لأنه غير متطوع فى الإنفاق فيرجع عليها لصحة أمرها ، فصار كالمأمور بقضاء الدين زيلعى ، وظاهره وإن لم يشترط الرجوع وفى المسئلة اختلاف وتمامه فى حاشية الرملى على جامع الفصولين (قوله فالعمارة له) هذا لو الآلة كلها له فلو بعضها له وبعضها لها فهى بينهما ط عن المقدسى (قوله بلا إذنها) فلو بإذنها تكون عارية ط (قوله فيؤمر بالتفريغ) ظاهره ولو كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الأرض ، وبه أفتى المولى أبو السعود مفتى الروم وهو خلاف ما مشى عليه الشارح فى كتاب الغصب من أنه يضمن صاحب الأكثر قيمة الأقل ، وقدمنا الكلام عليه هناك فراجعه (قوله بطلبها) الأوضح قول الزيلعى إن طلبت (قوله ولها) معطوف على نفسه أى ولو عمرها الخ (قوله كما أفادة شيخنا) أى الرملى فى حاشية المنح وقال بعده : لكن ذكر فى الفوائد الزينية من كتاب الغصب إذا تصرف فى ملك غيره ، ثم ادعى أنه كان بإذنه فالقول للمالك إلا إذا تصرف فى مال امرأته ، فماتت وادعى أنه كان بإذنها، وأنكر الوارث فالقول للزوج كذا فى القنية اه فمقتضاه أنه إذا عمر دار زوجته لها فماتت وادعى أنه كان بإذنها

وتقدم فى الغصب :

(قال هذه رضيعتى ثم اعترف) بالخطأ (وصدقته) فى خطئه (فله أن يتزوجها إذا لم يثبت عليه بأن قال) أفاد بأنه لايثبت إلا بالقول كقوله (هو حق أو صدق أو كما قلت أو أشهد عليه بذلك شهودا أو مافى معنى ذلك) من الثبات اللفظى الدال على الثبات النفسى وهل يكون تكرار إقراره بذلك ثباتا خلاف مبسوط فى المبسوط :

وحاصله : أن التكرار لايثبت به الإقرار (ولو أخذ) رجل (غريمه فنزعه إنسان من يده لم يضمن) لأنه تسبب (وكذا إذا دل السارق على مال غيره أو أمسك هاربا من عدوه حتى قتله) عدوه لما قلنا (فى يده مال إنسان فقال له سلطان ادفع إلى هذا المال وإلا) تدفعه إلى (اقطع يدك أو أضربك خمسين فدفعه لم يضمن) الدافع لأنه مكره :

(قال تركت دعواى على فلان وفوضت أمرى إلى الآخرة لاتسمع دعواه بعده) أى بعد هذا القول ذكره فى القنية (الإجازة تلحق الأفعال) على الصحيح (فلو غصب عينا لإنسان فأجاز المالك غصبه صح) إجازته وحينئذ (فيبرأ الغاصب عن الضمان) ولو انتفع به فأمره بالحفظ لايبرأ عن الضمان مالم يحفظ وتمامه فى العمادية :

ليرجع فى تركتها بما أنفق وأنكر بقية الورثه إذنها أن القول قوله ، ووجهه شهادة العرف الظاهر له تأمل اه (قوله وتقدم فى الغصب) لم أره فيه ، وإنما قدم فيه ما ذكرناه عن الفوائد الزينية آنفا (قوله فله أن يتزوجها) والعذر له فى رجوعه عن ذلك أنه مما يخفى عليه ، فقد يظهر له بعد إقراره خطأ الناقل ، وهذه من المسائل التى اغتفروا فيها التناقض أفاده فى المنح (قوله وهل يكون الخ) هذه المسئلة وقعت فى زمن شيخ الإسلام ابن الشحنة ، فأفتى : بأنه لا يكون ثباتا ، وخالفه بعض معاصريه ، ووقع نزاع طويل وعقد لها مجالس بأمر السلطان قايتباى ، وآل الأمر إلى أن عرضت النقول على شيخ الإسلام القاضى زكريا من نحو أربعين كتابا :

فأجاب : بأن صريح هذه النقول ومنطوقها أن الثبات لايحصل إلا بقوله ، هو حق أونحوه وليس فى صريحها أن التكرار كذلك نعم يؤخذ من قول المبسوط ، ولكن الثابت على الإقرار كالمجدد له بعد العقد أنه إذا أقر بذلك قبل العقد ثم أقر به بعده يقوم مقام قوله هو حق ، ونحوه ، وقدمت الكلام على ذلك مبسوطا فى كتاب الرضاع فراجعه (قوله خلاف مبسوط فى المبسوط الخ) قد علمت أنه ليس فى المبسوط بيان الخلاف ، وأن المفهوم منه أن التكرار يثبت به الإصرار فقول الشارح لا يثبت صوابه حذف لا ، ولو قال صريح النقول أن التكرار لا يثبت به الإصرار لكان أحسن (قوله لأنه تسبب) أى النزع ، وقد دخل بينه وبين ضياع حقه فعل فاعل مختار ، وهو هروبه فلا يضاف إليه التلف كما إذا حل قيد العبد فأبق زيلعى (قوله أوأضربك خمسين) أى فأكثر فلو قال له : أحبسك شهرا أو أضربك ضربا ، فهو ضامن لأن دفع المال للغير لايجوز إلا لخوف التلف ، لكن تقدم فى الاكراه أن أمر السلطان إكراه تأمل (قوله فدفعه) أما إذا دفع من مال نفسه فلا رجوع له كما تقدم ما يفيده ط (قوله لأنه مكره) قال العلامة المقدسى فلو ادعى ذلك أى الأخذ منه كرهاً ، هل يكتفى منه باليمين أم لابد من برهان يحتاج إلى بيان حموى :

أقول : مقتضى كونه أمينا أنه يصدق باليمين كما لو ادعى الهلاك تأمل (قوله الإجازة تلحق الأفعال) هذا هو الصحيح وتقدم الكلام عليه أوائل كتاب الغصب (قوله فأجاز المالك غصبة) الذى فى العمادية وغيرها غصب شيئا وقبضه فأجاز المالك قبضه الخ وهو أنسب من قوله غصبه (قوله لا يبرأ عن الضمان مالم يحفظ) مفهومه أنه لو لم ينتفع به يبرأ بمجرد الأمر ، ولعل المراد أنه إذا انتفع به ودام على الانتفاع كما لو غصب ثوبا فلبسه ، فإذا أمره بالحفظ لايبرأ حتى ينزعه ويحفظه أما لو نزعه قبل الأمر وحفظه فأمره بالحفظ فالظاهر أنه يبرأ لأنه بدوامة

(وضع منجلا فى الصحراء ليصيد به حمار وحش وسمى عليه فجاء فى اليوم الثانى) قيد اتفاقى إذ لو وجده ميتا من ساعته لم يحل زيلعى (ووجد الحمار مجروحا ميتا لم يؤكل) لأن الشرط أن يذبحه إنسان أو يجرحه ، وإلا فهو كالنطيحة (كره تحريما) وقيل تنزيها والأول أوجه (من الشاة سبع الحياء والخصية والغدة والمثانة والمرارة والدم المسفوح والذكر) للأثر الوارد فى كراهة ذلك وجمعها بعضهم فى بيت واحد فقال :

فقل ذكر والانثيان مثانة كذاك دم ثم المرارة والغدد

وقال غيره :

على الانتفاع بعد الأمر متعد ؛ بخلاف ما لو نزعه قبله هذا ما ظهر لى وأفاد ط نحوه (قوله وضع منجلا) بكسر الميم ما يحصد به الزرع مغرب (قوله قيد إتفاقى الخ) مشى عليه المصنف فى المنح أيضا والعينى تبعا للزيلعى ، ومقتضى ما قدمه الشارح فى الذبائح أنه للاحتراز حيث قال : وتشترط التسمية حال الذبح أو الرمى لصيد أو الإرسال أو حال وضع الحديد لحمار الوحش إذا لم يقعد عن طلبه اه وانظر ما كتبناه هناك وفى كتاب الصيد (قوله كره تحريما) لما روى الأوزاعى عن واصل بن أبى جميلة عن مجاهد قال : كره رسول الله صلى الله عليه وسلم من الشاة الذكر والانثيين والقبل والغدة والمرارة والمثانة والدم ، قال أبو حنيفة : الدم حرام وأكره الستة ، وذلك لقوله عز وجل — حرمت عليكم الميتة والدم — الآية فلما تناوله النص قطع بتحريمه وكره ماسواه ، لأنه مما تستخبثه الأنفس ، وتكرهه وهذا المعنى سبب الكراهية لقوله تعالى — ويحرم عليهم الخبائث — زيلعى .

وقال فى البدائع آخر كتاب الذبائح : وما روى عن مجاهد فالمراد منه كراهة التحريم بدليل أنه جمع بين الستة وبين الدم فى الكراهة والدم المسفوح محرم والمروى عن أبى حنيفة أنه قال : الدم حرام وأكره الستة فأطلق الحرام على الدم ، وسمى ما سواه مكروها لأن الحرام المطلق ما ثبتت حرمته بدليل مقطوع به وهو المفسر من الكتاب قال الله تعالى — أو دما مسفوحا — وانعقد الإجماع على حرمته ، وأما حرمة ما سواه من الستة فما ثبت بدليل مقطوع به ، بل بالاجتهاد أو بظاهر الكتاب المحتمل للتأويل أو الحديث ، فلذا فصل فسمى الدم حراما وذا مكروها اه .

أقول : وظاهر إطلاق المتون هو الكراهة (قوله وقيل تنزيها) قائله صاحب القنية فإنه ذكر أن الذكر أو الغدة لو طبخ فى المرقة لا تكره المرقة وكراهة هذه الأشياء كراهة تنزيه لا تحريم اه . واختار فى الوهبانية ما فى القنية وقال : إن فيه فائدتين إحداهما أن الكراهة تنزيهية ، والأخرى أنه لا يكره أكل المرقة واللحم اه نقله عنه ابن الشحنة فى شرحه ، وأقره (قوله والأول أوجه) لما قدمناه من استدلال الإمام بالآية وأيضا فكلام صاحب القنية لا يعارض ظاهر المتون وكلام البدائع (قوله من الشاة) ذكر الشاة إتفاقى لأن الحكم لا يختلف فى غيرها من المأكولات ط (قوله الحياء) هو الفرج من ذوات الخف والظلف والسباع ، وقد يقصر قاموس (قوله والغدة) بضم الغين المعجمة كل عقدة فى الجسد أطاف بها شحم ، وكل قطعة صلبة بين العصب ولا تكون فى البطن كما فى القاموس (قوله والدم المسفوح) أما الباقى فى العروق بعد الذبح فإنه لا يكره (قوله فى بيت) وقبله بيت آخر ذكره فى المنح وهو :

ويكره أجزاء من الشاة سبعة فخذها فقد أوضحتها لك بالعدد

(قوله فقل ذكر الخ) كذا فى النسخ وعليه فالمعدود ستة والظاهر أن أصل البيت حيا ذكر الخ (قوله وقال غيره) أى بطريق الرمز ومثله قولى :

إن الذى من المذكاة رمى بجمعه حروف فخذ مدغم

إذا ماذكيت شاة فكلها سوى سبع ففيهن الوبال
فحاء ثم خاء ثم غين ودال ثم ميمان وذال

(للقاضى إقراض مال الغائب والطفل واللقطة) بشروط تقدمت فى القضاء (بخلاف الأب والوصى والملتقط) إلا إذا أنشدها حتى ساغ تصدقه فإقراضه أولى زيلعى .

(قال إن كان الله يعذب المشركين فامرأته طالق قالوا لاتطلق امرأته لأن من المشركين من لايعذب) كذا فى الخانية وظاهر توجيهه أن المراد بهذا البعض من يصدق عليه المشرك فى الجملة بأن يكون مشركا فى عمره ، ثم يختم له بالحسنى أو أطفال المشركين فإنهم مشركون شرعا وإذا ثبت أن البعض لايعذب وهى سالبة جزئية لم تصدق الموجبة الكلية القائلة كل مشرك يعذب قاله المصنف . وقد أورد هذا اللغز على غير هذا الوجه ابن وهبان فقال :

وهل قائل لايدخل النار كافر ولكنها بالمؤمنين تعمر

قال : ومعناه أن الكفار لما يرون النار يؤمنون بالله تعالى ورسوله ولا ينفعهم قال تعالى — فلم يك ينفعهم إيمانهم لما رأوا بأسنا — ولعجز البيت معنى آخر وهو أن عمرها خزنتها القائمون بأمرها وهم مؤمنون ففى البيت سؤلان قال ابن الشحنة : وعندى أن هذا مما ينكر ذكره والتلفظ به ، ولا ينبغى أن يدون ويسطر ولا يقبل تأويل قائله انتهى .

(قوله إذا ما ذكيت) بالبناء للمجهول والتاء علامة التأنيث (قوله واللقطة) قيده بعضهم بغير لقطة الذمى فليس للقاضى إقراضها لقولهم لايجوز التصدق بها بل يضعها فى بيت المال ، لأن الإقراض قربة والذمى ليس من أهل القرب اه وأطلق فى أقراضه اللقطة فشمل إقراضها من الملتقط وغيره ، وقول البحر من الملتقط الظاهر أنه غير قيد نأمل (قوله بشروط تقدمت فى القضاء) حيث قال : من ملىء مؤتمن حيث لا وصى ، ولا من يقبله مضاربة ولا مستغلا يشتريه اه وقوله : حيث لا وصى ذكره صاحب البحر بحثا وفيه كلام يعلم من محله (قوله بخلاف الأب الخ) فإن أقرضوا ضمنوا لعجزهم عن التحصيل ، بخلاف القاضى ويستثنى إقراضهم للضرورة كحرق ونهب ، فيجوز اتفاقا بحر كذا ذكره الشارح فى القضاء ، وما ذكره المصنف من أن الأب كالوصى لا كالقاضى هو أحد قولين مصححين ، وعليه المتون فكان المعتمد كما أفاده فى البحر (قوله إلا إذا أنشدها الخ) ذكره الزيلعى بصيغة ينبغى ، فالظاهر أنه بحث منه لكنه يوهم أنه لا يضمن إذا لم يجز صاحبها كالقاضى مع أنه لايمكن الحاق الأقراض بالتصدق إلا إذا قلنا بالضمان (قوله فإقراضه أولى) أى إقراضه من فقير زيلعى (قوله وظاهر توجيهه الخ) عبارة المنح وظاهر التوجيه المفهوم من كلام الإمام قاضيخان أن المراد بالمشركين فى الشرط المذكور الجميع ، فلذا قال فى تعليله ، لأن من المشركين من لا يعذب ، فيمكن أن يراد بهذا البعض من يصدق عليه المشرك فى الجملة الخ فتنبه (قوله بهذا البعض) أى الذى دلت عليه من التبعيضية (قوله فإنهم مشركون شرعا) أى بطريق التبعية منح فالمعنى أنهم يعاملون شرعا معاملة آبائهم أما حكمهم فى الآخرة ففيه أقوال عشرة أحدها أنهم خدم أهل الجنة ، والمشهور عن الإمام التوقف (قوله لم تصدق الموجبة الكلية) أى فلا يحنث ، لأنه علق الطلاق على كون المشركين جميعا معذبين ، ولم يتحقق منح أى حملا لأل على الاستغراق (قوله وهل قائل) أى هل يوجد قائل والجملة بعده مقول القول وكافر فاعل يدخل (قوله ففى البيت سؤالان) وهما عدم دخول النار كافر ودخول المؤمنين النار (قوله ولا يقبل تأويل قائله) مقتضاه أنه يحكم عليه بالكفر وفيه نظر لما تقرر أنه لو كان وجوه توجب الكفر ووجه واحد يمنعه ، فعلى المفتى الميل لما يمنع ، ولا سيما عند وجود القرينة فإرادة

قلت : هذا مع وضوح وجهه تكلم فيه ، فكيف الأول فلا تغفل ، ثم رأيت شيخنا قال قد قضى بنقله على نفسه بالإنكار ، وأنه ما كان له أن يدونه وبالله التوفيق :

(صبي حشفته ظاهرة بحيث لو رآه إنسان ظنه مختونا ولا تقطع جلدة ذكره إلا بتشديد آلمه ترك على حاله كشيخ أسلم وقال أهل النظر لايطيق الختان) ترك أيضا (ولو ختن ولم تقطع الجلدة كلها ينظر فإن قطع أكثر من النصف كان ختانا وإن قطع النصف فما دونه لا) يكون ختانا يعتد به لعدم الختان حقيقة وحكما :

(و) الأصل أن (الختان سنة) كما جاء في الخبر (وهو من شعائر الإسلام) وخصائصه (فلو اجتمع أهل بلدة على تركه حاربهم) الإمام فلا يترك إلا لعذر وعذر شيخ لايطيقه ظاهر (ووقته) غير معلوم وقيل (سبع) سنين كذا في الملتقى وقيل عشر وقيل أقصاه اثنتا عشرة سنة وقيل العبرة بطاقته وهو الأشبه وقال أبو حنيفة : لاعلم لي بوقته ولم يرد عنهما فيه شيء فلذا اختلف المشايخ فيه وختان المرأة ليس سنة بل مكرمة للرجال وقيل سنة وقد جمع السيوطي من ولد مختونا من الأنبياء عليهم الصلاة والسلام فقال :

الالغاز والتعمية كقوله عليه الصلاة والسلام لامرأة مازحا : إن الجنة لا يدخلها عجوز (قوله قلت هذا) أي ما في الشطر الثاني (قوله فكيف الأول) أي ما في المتن المساوى لما في الشطر الأول (قوله ثم رأيت شيخنا قال) أي معترضا على المصنف في حاشية المنح حيث نقل كلام ابن الشحنة ، فالضمير في نقله لكلام ابن الشحنة وفي قضى ونفسه للمصنف فافهم ، لكن كان ينبغي للشارح أن يصرح بأن المصنف نقل كلام ابن الشحنة حتى يتعين مرجع الضمائر (قوله آلمه) بمد الهمزة فعل ماض من الإيلام والجملة صفة لتشديد (قوله وقال أهل النظر) أي المعرفة منح (قوله وحكما) الحكمي بقطع الأكثر ولم يوجد ط (قوله حاربهم الإمام) كما لو تركوا الأذان منح (قوله ووقته) أي ابتداء وقته مسكين أو وقته المستحب كما نقل عن شرح باكير على الكنز (قوله غير معلوم) أي غير مقدر بمدة وقد عدل الشارح عما جزم به المصنف كالكنز ، ليكون المتن جاريا على قول الإمام كعادة المتون (قوله وقيل سبع) لأنه يؤمر بالصلاة إذا بلغها فيؤمر بالختان ، حتى يكون أبلغ في التنظيف قاله في الكافي ، زاد في خزانة الأكمل وإن كان أصغر منه فحسن ، وإن كان فوق ذلك قليلا فلا بأس به ، وقيل : لا يختن حتى يبلغ لأنه للطهارة ولا تجب عليه قبله ط (قوله وقيل عشر) لزيادة أمره بالصلاة إذا بلغها (قوله وهو الأشبه) أي بالفقه زيلعي وهذه من صيغ التصحيح (قوله وقال أبو حنيفة الخ) الظاهر أنه لايخالف ماقبله بناء على قاعدة الإمام من عدم التقدير فيما لم يرد به نص من المقدرات وتفويضها إلى الرأي تأمل ، ونقله عن الإمام تأييداً لما اختاره أولا فلا تكرار فافهم (قوله عنهما) أي عن الصاحبين (قوله وختان المرأة) الصواب خفاض ، لأنه لا يقال في حق المرأة ختان وإنما يقال خفاض حموي (قوله بل مكرمة للرجال) لأنه ألذ في الجماع زيلعي (قوله وقيل سنة) جزم به البزازي معللا بأنه نص على أن الخنثى تختن ، ولو كان ختانها مكرمة لم تختن الخنثى ، لاحتمال أن تكون امرأة ولكن لا كالسنة في حق الرجال اه :

أقول : ختان الخنثى لاحتمال كونه رجلا ، وختان الرجل لا يترك فلذا كان سنة احتياطا ولا يفيد ذلك سنيته للمرأة تأمل :

وفي كتاب الطهارة من السراج الوهاج اعلم أن الختان سنة عندنا للرجال والنساء ، وقال الشافعي : واجب وقال بعضهم : سنة للرجال مستحب للنساء لقوله عليه الصلاة والسلام « ختان الرجال سنة وختان النساء مكرمة » ولو كان للصبي ذكران فان كانا عاملين ختنا ولو أحدهما فقط ختن خاصة ويعرف العامل بالبول والانتشار والخنثى المشكل يختن من الفرجين ليقع اليقين ، وأجرة ختان الصبي على أبيه إن لم يكن له مال والعبد على سيده ومن بلغ

وفى الرسل مختون لعمرك خلقة ثمان وتسع طيبون أكارم
وهم زكريا شيث إدريس يوسف وحنظلة عيسى وموسى وآدم
ونوح شعيب سام لوط وصالح سليمان يحيى هود يس خاتم

(ويجوز كى الصغير وبط قرحته وغيره من المداواة للمصلحة و) يجوز (فصد البهائم وكيها وكل علاج فيه منفعة لها وجاز قتل مايضر منها ككلب عقور وهرة) تضر (ويذبحها) أى الهرة (ذبحا) ولا يضر بها لأنه لايفيد، ولا يحرقها وفى المبتغى يكره حراق جراد وقمل وعقرب، ولا بأس بإحراق حطب فيها نمل وإلقاء القملة ليس بأدب (وجازت المسابقة بالفرس والإبل والأرجل والرمى) ليرتاض للجهاد (وحرم شرط الجعل من الجانبين) إلا إذا أدخل محللا بشروطه كما مر فى الحظر (لا) يحرم (من أحد الجانبين) استحسانا ولا يجوز

غير مختون أجبره الحاكم عليه فإن مات فهو هدر لموته من فعل مأذون فيه شرعا اه ملخصا (قوله وفى الرسل الخ) صريح فى أن ساما وحنظلة مرسلان ط (قوله شيث إدريس) بلا تنوين كسام وهود.

[تتمة] قيل السبب فى الختان أن إبراهيم عليه الصلاة والسلام، لما ابتلى بالترويع بذبح ولده أحب أن يجعل لكل واحد ترويعا بقطع عضو وإراقة دم، وابتلى بالصبر على إسلام الآباء أبناءهم ناسيا به عليه الصلاة والسلام، وقد اختتن إبراهيم عليه السلام وهو ابن ثمانين سنة أو مائة وعشرين، والأول أصح وجمع بأن الأول من حين النبوة، والثانى من حين الولادة واختتن بالقدوم اسم موضع، وقيل آلة النجار، وقد اختلف الرواة والحفاظ فى ولادة نبينا صلى الله عليه وسلم مختونا، ولم يصح فيه شىء وأطال الذهبى فى رد قول الحاكم أنه تواترت به الرواية، وقد ثبت عندهم ضعف الحديث به وقال بعض المحققين من الحفاظ الأشبه بالصواب أنه لم يولد مختونا (قوله وبط قرحته) أى شقها من باب قتل (قوله وغيره) أى غير المذكور من الكى والبط (قوله وهرة تضر) كما إذا كانت تأكل الحمام والدجاج زيلعى (قوله ويذبحها) الظاهر أن الكلب مثلها تأمل (قوله يكره إحراق جراد) أى تحريما ومثل القمل البرغوث ومثل العقرب الحية ط (قوله والقاء القملة ليس بأدب) لأنها تؤذى غيره ويورث النسيان وفيه تعذيب لها بجوعها ط أما البرغوث فيعيش فى التراب (قوله وجازت المسابقة) أى بشرط أن تكون الغاية مما يحتملها الفرس، وأن يكون فى كل واحد من الفرسين احتمال السبق، أما إذا علم أن أحدهما يسبق لا محالة فلا يجوز، لأنه إنما جاز للحاجة إلى الرياضة على خلاف القياس، وليس فى هذا إلا إيجاب المال للغير على نفسه بشرط لا منفعة فيه فلا يجوز اه زيلعى (قوله والرمى) أى بالسهام (قوله ليرتاض للجهاد) أفاد أنه مندوب كما صرح به فى الحظر، وأنه للتلهى مكروه، وأما حديث لا تحضر الملائكة شيئا من الملاهى سوى النضال أى الرمى والمسابقة فالظاهر أن تسميته لهوا للمشابهة الصورية تأمل (قوله وحرم شرط الجعل من الجانبين) بأن يقول أن سبق فرسك، فلك على كذا وأن سبق فرسى، فلى عليك كذا زيلعى (قوله إلا إذا أدخل محللا) المناسب ادخلا وصورته أن يقولا لثالث إن سبقتنا فالمالان لك، وإن سبقناك فلا شىء لنا عليك، ولكن الشرط الذى شرطاه بينهما وهو أيهما سبق كان له الجعل على صاحبه باق على حاله، فإن غلبهما أخذ المالين، وإن غلباه فلا شىء لهما عليه، ويأخذ أيهما غلب المال المشروط له من صاحبه زيلعى (قوله بشرطه) وهو أن يكون فرس المحلل كفؤ الفرسيهما يجوز أن يسبق أو يسبق (قوله ولا يجوز الخ) قاله الزيلعى: ومثله فى الخانية والذخيرة وغيرهما لكن جزم الشارح فى كتاب الحظر والإباحة، بأن البغل والحمار كالفرس، وعزاه إلى الملتقى، والمجمع قلت ومثله فى المختار والمواهب وغيرهما، وأقره المصنف هناك خلافا لما ذكره هنا وتقدم تمام الكلام عليه

الاستباق فى غير هذه الأربعة كالبغل بالجعل ، وأما بلا جعل فيجوز فى كل شئ وتمامه فى الزيلعى (ولا يصلى على غير الأنبياء ولا غير الملائكة إلا بطريق التبع) وهل يجوز الترحم على النبى ؟ قولان زيلعى .

فى كتاب الحظر فراجعه (قوله وتمامه فى الزيلعى) حيث ذكر أنه لو قال : واحد من الناس لجماعة من الفرسان أو لاثنين من سبق فله كذا من مال نفسه أو قال للرماة من أصاب الهدف فله كذا جاز لأنه من باب التنفيل ، فإذا كان التنفيل من بيت المال كالسلب ونحوه يجوز فما ظنك بخالص ماله ، وعلى هذا الفقهاء إذا تنازعوا فى المسائل وشرط للمصيب منهم جعل جاز إذا لم يكن من الجانبين على ماذكرنا فى الخيل إذ التعلم فى البابين يرجع إلى تقوية الدين ، وإعلاء كلمة الله تعالى والمراد بالجواز المذكور فى باب المسابقة الحل ؛ دون الاستحقاق حتى لو امتنع المغلوب من الدفع لا يجبره القاضى ولا يقضى عليه به اهـ (قوله ولا يصلى على غير الأنبياء الخ) لأن فى الصلاة من التعظيم ماليس فى غيرها من الدعوات وهى زيادة الرحمة والقرب من الله تعالى ، ولا يليق ذلك بمن يتصور منه خطايا والذنوب إلا تبعا بأن يقول : اللهم صلى على محمد وآله وصحبه وسلم ، لأن فيه تعظيم النبى صلى الله عليه وسلم زيلعى .

واختلف هل تكره تحريما أو تنزيها أو خلاف الأولى ؟ وصحح النووى فى الأذكار الثانى ، لكن فى خطبة شرح الأشباه للبيرى من صلى على غيرهم أثم وكره وهو الصحيح وفى المستصفى : وحديث « صلى الله على آل أبى أوفى » الصلاة حقه فله أن يصلى على غيره ابتداء أما الغير فلا اهـ .

وأما السلام فنقل اللقانى فى شرح جوهرة التوحيد عن الإمام الجوينى أنه فى معنى الصلاة ، فلا يستعمل فى الغائب ولا يفرد به غير الأنبياء فلا يقال علىّ عليه السلام وسواء فى هذا الأحياء والأموات إلا فى الحاضر فيقال السلام أو سلام عليك أو عليكم وهذا مجمع عليه اهـ .

أقول : ومن الحاضر السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين ، والظاهر أن العلة فى منع السلام ماقاله النووى فى علة منع الصلاة أن ذلك شعار أهل البدع ، ولأن ذلك مخصوص فى لسان السلف بالأنبياء عليهم الصلاة والسلام كما أن قولنا عز وجل مخصوص بالله تعالى ، فلا يقال محمد عز وجل وإن كان عزيزا جليلا ثم قال اللقانى : وقال القاضى عياض الذى ذهب إليه المحققون ، وأميل إليه ماقاله مالك وسفيان ، واختاره غير واحد من الفقهاء والمتكلمين أنه يجب تخصيص النبى صلى الله وسلم ، وسائر الأنبياء بالصلاة والتسليم كما يختص الله سبحانه عند ذكره بالتقديس والتنزيه ، ويذكر من سواهم بالغفران والرضا كما قال الله تعالى - رضى الله عنهم ورضوا عنه - - يقولون ربنا اغفر لنا ولإخواننا الذين سبقونا بالإيمان - وأيضا فهو أمر لم يكن معروفا فى الصدر الأول ، وإنما أحدثه الرافضة فى بعض الأئمة والتشبه بأهل البدع منهى عنه فتجب مخالفتهم اهـ .

أقول : وكراهة التشبه بأهل البدع مقررة عندنا أيضا لكن لامطلقا بل فى المذموم وفيما قصد به التشبه بهم كما قدمه الشارح فى مفسدات الصلاة (قوله قولان) قال بعضهم لايجوز لأنه ليس فيه مايدل على التعظيم مثل الصلاة ولهذا يجوز أن يدعى به لغير الأنبياء والملائكة عليهم السلام وهو مرحوم قطعا ، فيكون تحصيل الحاصل وقد استغنينا عن هذه بالصلاة فلا حاجة إليها وقال بعضهم يجوز لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان من أشوق العباد إلى مزيد رحمة الله تعالى ، ومعناها معنى الصلاة فلم يوجد مايمنع من ذلك زيلعى . والصحيح الجواز كما ذكره الزيلعى فى كتاب الصلاة وقال فى البحر : وروى عن بعض المشايخ أنه قال ولا يقول : ارحم محمدا وأكثر المشايخ على أنه يقوله للتوارث ، وقال السرخسى : لابأس به لأن الأثر ورد به من طريق أبى هريرة وابن عباس ولأن أحدا

قلت : وفى الذخيرة أنه يكره وجوزه السيوطى تبعا لا استقلالا ، فليكن التوفيق وبالله التوفيق ؛

(ويستحب الترضى للصحابة) وكذا من اختلف فى نبوته كذى القرنين ولقمان وقيل يقال صلى الله على الأنبياء وعليه وسلم كما فى شرح المقدمة للقرمانى ؛

(والترحم للتابعين ومن بعدهم من العلماء والعباد وسائر الأخيار وكذا يجوز عكسه) الترحم للصحابة والترضى للتابعين ومن بعدهم (على الراجح) ذكره القرمانى وقال الزيلعى الأولى أن يدعو للصحابة بالترضى وللتابعين بالرحمة ولمن بعدهم بالمغفرة والتجاوز (والإعطاء باسم النيروز والمهرجان لايجوز) أى الهدايا باسم هذين اليومين حرام (وإن قصد تعظيمه) كما يعظمه المشركون (يكفر) قال أبو حفص الكبير : لو أن رجلا عبد الله خمسين سنة ثم أهدى لمشرك يوم النيروز بيضة يريد تعظيم اليوم فقد كفر وحبط عمله اه ولو أهدى لمسلم ولم يرد تعظيم اليوم بل جرى على عادة الناس لايكفر وينبغى أن يفعله قبله أو بعده نفيا للشبهة ولو شرى فيه مالم يشتره قبل

وإن جل قدره لايستغنى عن رحمة الله تعالى اه (قوله وجوزه السيوطى تبعا لا استقلالا) أى مضموما إلى الصلاة والسلام لاوحده فيجوز اللهم صل على محمد وارحم محمدا ولا يجوز ارحم محمدا بدون الصلاة (قوله فليكن التوفيق) أى بحمل القول بالجواز على التبعية والقول بعدمه على الابتداء ويخالفه مافى البحر حيث قال : ومحل الخلاف فى الجواز وعدمه إنما هو فيما يقال مضموما إلى الصلاة والسلام كما أفاده شيخ الإسلام ابن حجر ، فلذا اتفقوا على أنه لايقال إبتداء رحمه الله اه قال ط : وينبغى أن لايجوز غفر الله له وسامحه لما فيه من إيهام نقص اه .

أقول : وكذا عفا عنه وإن وقع فى القرآن لأن الله تعالى له أن يخاطب عبده بما أراد كما لايليق أن تخاطب الرعية الأمراء بما تخاطبهم به الملوك ، ولم أر من تعرض للترحم على الملائكة فليراجع (قوله ويستحب الترضى للصحابة) لأنهم كانوا يبالغون فى طلب الرضا من الله تعالى ويجتهدون فى فعل مايرضيه ، ويرضون بما يلحقهم من الابتلاء من جهته أشد الرضا ، فهؤلاء أحق بالرضا وغيرهم لايلحق أدناهم ولو أنفق ملء الأرض ذهبا زيلعى (قوله وكذا من اختلف فى نبوته) قال النووى والذى أراه أن هذا أى الدعاء بالصلاة لابأس به وإن الأرجح أن يقال رضى الله عنه لأنه مرتبة غير الأنبياء ، ولم يثبت كونهما نبيين اه وظاهر قول المتن : ولا يصلى على غير الأنبياء والملائكة ، وكذا كلام القاضى عياض السابق أنه لايدعى له بالصلاة ، لكن ينبغى عدم الإثم به لشبهة الاختلاف (قوله وقيل يقال الخ) أى لتكون الصلاة عليه تبعا فيكون مما لاخلاف فيه ، وهو وجيه كما لايخفى على النبيه (قوله والعباد) بالضم جمع عابد (قوله وقال الزيلعى الخ) لايخالف ماقبله إلا فى قوله ولمن بعدهم بالمغفرة والتجاوز ؛

[تتمة] يكره الجدل فى أن لقمان وذا القرنين وذا الكفل أنبياء أم لا ، وينبغى أن لايسأل الإنسان عما لاحاجة إليه كأن يقول : كيف هبط جبريل وعلى أى صورة رآه النبى صلى الله عليه وسلم ، وحين رآه على صورة البشر هل بقى ملكا أم لا ؟ وأين الجنة والنار ومتى الساعة ونزول عيسى ؟ وإسمعيل أفضل أم إسحق وأيهما الذبيح ؟ وفاطمة أفضل من عائشة أم لا ؟ وأبوا النبى كانا على أى دين ؟ ومادين أبى طالب ؟ ومن المهدى إلى غير ذلك مما لاتجب معرفته ؟ ولم يرد التكليف به ويجب ذكره صلى الله عليه وسلم بأسماء معظمة فلايجوز أن يقال إنه فقير غريب مسكين فريد طويل ، ويجب تعظيم العرب خصوصا أهل الحرمين خصوصا أولاد المهاجرين والأنصار خصوصا أولاد الخلفاء الأربعة مقدسى عن خزانة الأكمل (قوله والإعطاء باسم النيروز والمهرجان) بأن يقال هدية هذا اليوم ومثل القول النية فيما يظهر ط والنيروز أول الربيع والمهرجان أول الخريف وهما يومان يعظمهما بعض الكفرة ويتهادون فيهما (قوله ثم أهدى لمشرك الخ)

إن أراد تعظيمه كفر وإن أراد الأكل كالشرب والتنعيم لايكفر زيلعى ولا بأس بلبس القلانس) غير حرير وكرباس عليه إبريسم فوق أربع أصابع سراجية وصح أنه حرم لبسها (وندب لبس السواد وإرسال ذنب العمامة بين كتفيه إلى وسط الظهر) وقيل لموضع الجلوس وقيل شبر .

(ويكره) أى للرجال كما مر فى باب الكراهية (لبس المعصفر والمزعفر) لقول ابن عمر رضى الله عنهما « نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لبس المعصفر وقال إياكم والأحمر فإنه زى الشيطان » ويستحب التجمل وأباح الله الزينة بقوله تعالى — قل من حرم زينة الله التى أخرج لعباده — الآية وخرج صلى الله عليه وسلم وعليه رداء قيمته ألف دينار زيلعى (وللشاب العالم أن يتقدم على الشيخ الجاهل) ولو قرشيا قال تعالى — والذين

قال فى جامع الفصولين : وهذا بخلاف مالو اتخذ مجوسى دعوة لحلق رأس ولده فحضر مسلم دعوته فاهدى إليه شيئا لايكفر ، وحكى أن واحدا من مجوسى سربل كان كثير المال حسن التعهد بالمسلمين ، فاتخذ دعوة لحلق رأس ولده ، فشهد دعوته كثير من المسلمين ، وأهدى بعضهم إليه فشق ذلك على مفتيهم ، فكتب إلى أستاذه على السعدى أن أدرك أهل بلدك ، فقد ارتدوا وشهدوا شعار المجوسى وقص عليه القصة فكتب إليه إن إجابة دعوة أهل الذمة مطلقة فى الشرع ومجازاة الإحسان من المروءة وحلق الرأس ليس من شعار أهل الضلالة والحكم بردة المسلم بهذا القدر لايمكن والأولى للمسلمين أن لايوافقوهم على مثل هذه الأحوال لإظهار الفرح والسرور اهـ (قوله والتنعيم) عبارة الزيلعى والتنعم بتشديد العين (قوله ولا بأس) من البؤس أى لاشدة عليه من جهة الشرع أو من البأس وهو الجراءة أى لا جراءة فى مباشرته ، لأنه أمر مشروع وفى هذا دلالة على أن فاعله لايؤجر ولا يأثم به حموى عن المفتاح اهـ ط .

اقول : والغالب استعماله فيما تركه أولى (قوله القلانس) جمع قلنسوة بفتح القاف ذات الآذان تحت العمامة ط (قوله غير حرير الخ) رد على مسكين حيث قال لفظ الجمع يشمل قلنسوة الحرير والذهب والفضة والكرباس والسوداء والحمراء (قوله وصح أنه عليه الصلاة والسلام لبسها) كذا فى بعض النسخ ، ومثله فى الدر المنتقى : أى لبس القلانس ، وقد عزاه المصنف والزيلعى إلى الذخيرة ، وفى بعض النسخ : وصح أنه حرم لبسها أى قلانس الحرير والذهب تأمل (قوله وندب لبس السواد) لأن محمدا ذكر فى السير الكبير فى باب الغنائم حديثا يدل على أن لبس السواد مستحب وأن من أراد أن يجدد اللف لعمامته ينبغى له أن ينقضها كورا كورا ، فإن ذلك أحسن من رفعها عن الرأس ، وإلقائها فى الأرض دفعة واحدة وأن المستحب إرسال ذنب العمامة بين الكتفين وتمامه فى الزيلعى (قوله وقال إياكم والأحمر) الذى فى الزيلعى : إياكم والحمرة فإنها زى الشيطان (قوله ويستحب التجمل الخ) قال عليه الصلاة والسلام « إن الله تعالى إذا أنعم على عبده أحب أن يرى أثر نعمته عليه » وأبو حنيفة كان يرتدى برداء قيمته أربعمائة دينار ، وكان يأمر أصحابه بذلك ويقول : فإن الناس ينظرون إليكم بعين الرحمة ، ومحمد كان يلبس الثياب النفيسة ويقول : إن لى نساء وجوارى فأزين نفسى كيلا ينظرن إلى غيرى قيل للشيخ : أليس عمر رضى الله عنه كان يلبس قميصا عليه كذا رقعة فقال : فعل ذلك لحكمة هى أنه كان أمير المؤمنين ، وعماله يقتدون وربما لايكون لهم مال ، فيأخذون من المسلمين ذخيرة ملخصا (قوله قيمته ألف دينار) تبع المصنف والذى فى الزيلعى ألف درهم (قوله وللشاب العالم أن يتقدم الخ) لأنه أفضل منه ولهذا يقدم فى الصلاة : وهى أحد أركان الإسلام : وهى تالية الإيمان زيلعى . وصرح الرملى فى فتاواه بحرمة تقدم الجاهل على العالم ، حيث أشعر بنزول درجته عند العامة لمخالفته لقوله تعالى — يرفع الله الذين آمنوا منكم والذين أوتوا العلم درجات — إلى أن قال وهذا

أوتوا العلم درجات ــ فالرافع هو الله فمن يضعه يضعه الله فى جهنم وهم أولوا الأمر على الأصح وورثة الأنبياء بلا خلاف :

(اختضب لأجل التزين للنساء والجوارى جاز) فى الأصح ويكره بالسواد وقيل لا ومر فى الحظر (كما يجوز أن يأكل متكئا) فى الصحيح لما روى « أنه صلى الله عليه وسلم أكل متكئا » مجمع الفتاوى :

(أخذته الزلزلة فى بيته ففر إلى الفضاء لايكره) بل يستحب لفرار النبى صلى الله عليه وسلم عن الحائط

مجمع عليه فالمتقدم ارتكب معصية فيعزر (قوله فمن يضعه) أى يضع العالم (قوله وهم أولو الأمر على الأصح) أى من الأقوال فى تفسير قوله ــ أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم كما ذكره الزيلعى :

وفى المنح عن البزازية وقال الزندويستى حق العالم على الجاهل وحق الأستاذ على التلميذ واحد على السواء وهو أن لايفتتح الكلام قبله ولا يجلس مكانه ، وإن غاب ولا يرد عليه كلامه ولا يتقدم عليه فى مشيه ، وحق الزوج على الزوجة أكثر من هذا وهو أن تطيعه فى كل مباح ، وعن خلف أنه وقعت زلزلة فأمر الطلبة بالدعاء فقيل له فيه فقال : خيرهم خير من خير غيرهم وشرهم خير من شر غيرهم (قوله جاز فى الأصح) وهو مروى عن أبى يوسف فقد قال : يعجبنى أن تتزين لى امرأتى كما يعجبها أن أتزين لها والأصح أنه لابأس به فى الحرب وغيره :

واختلفت الرواية فى أن النبى صلى الله عليه وسلم فعله فى عمره والأصح لا وفصل فى المحيط بين الخضاب بالسواد قال عامة المشايخ : إنه مكروه وبعضهم جوزه ، روى عن أبى يوسف ، أما بالحمرة فهو سنة الرجال وسيما المسلمين اهـ منح ملخصا وفى شرح المشارق للأكمل والمختار أنه صلى الله عليه وسلم خضب فى وقت ، وتركه فى معظم الأوقات ، ومذهبنا أن الصبغ بالحناء والوسمة حسن كما فى الخالية قال النووى : ومذهبنا استحباب خضاب الشيب للرجل والمرأة بصفرة أو حمرة وتحريم خضابه بالسواد على الأصح لقوله عليه الصلاة والسلام « غيروا هذا الشيب واجتنبوا السواد » اهـ قال الحموى وهذا فى حق غير الغزاة ولا يحرم فى حقهم للإرهاب ولعله محمل من فعل ذلك من الصحابة ط (قوله كما يجوز أن يأكل متكئا فى الصحيح) قدمنا فى الحظر أنه لابأس به فى المختار أى فتركه أولى وهذا إذا لم يكن عن تكبر وإلا فيحرم (قوله لما روى الخ) الذى فى صحيح البخارى وغيره أنه عليه الصلاة والسلام قال « لا آكل متكئا » قال ابن حجر فى شرح الشمائل عن النسائى قال ما رؤى النبى صلى الله عليه وسلم يأكل متكئا قط ، لكن أخرج ابن أبى شيبة عن مجاهد أنه أكل متكئا مرة فإن صح فهو زيادة مقبولة ، ويؤيدها ما أخرجه عن ابن شاهين عن عطاء بن يسار : أن جبريل رأى النبى صلى الله عليه وسلم يأكل متكئا فنهاه ، وفسر الأكثرون الاتكاء بالميل على أحد الجانبين ، لأنه يضر بالآكل وورد بسند ضعيف زجر النبى صلى الله عليه وسلم أن يعتمد الرجل على يده اليسرى عند الأكل قال مالك رحمه الله : وهو نوع من الاتكاء وفيه إشارة إلى أنه لا يختص بصفة بعينها اهـ ملخصا وبه علم أنه ثبت أنه صلى الله عليه وسلم أكل متكئا فقد تركه لما نهى عنه ، فليس فيه دليل على الجواز ؛ نعم ذكر بعض الشافعية أنه خاص به عليه الصلاة والسلام ، والأصح عندهم أنه عام قال العلقمى فى شرح الجامع الصغير : اختلف فى صفة الاتكاء فقيل أن يتمكن فى الجلوس للأكل على أى صفة كان ، وقيل : أن يميل على أحد شقيه وقيل أن يعتمد على يده اليسرى من الأرض والأول المعتمد ، وهو شامل للقولين والحكمة فى تركه أنه من فعل ملوك العجم والمتعظمين ، وأنه أدعى إلى كثرة الأكل ، وأحسن الجلسات للأكل الإقعاء على الوركين ، ونصب الركبتين ثم الجثى على الركبتين ، وظهور القدمين ثم

المائل (وإذا خرج من بلدة بها الطاعون فإن علم أن كل شئ بقدر الله تعالى فلا بأس بأن يخرج ويدخل وإن كان عنده أنه لو خرج نجا ولو دخل ابتلى به كره له ذلك) فلا يدخل ولا يخرج صيانة لاعتقاده وعليه حمل النهى فى الحديث الشريف مجمع الفتاوى :

(فقيه فى بلدة ليس فيها غيره أفقه منه يريد أن يغزو ليس له ذلك) بزازية وغيرها (قضى المديون الدين المؤجل قبل الحلول أو مات) فحل بموته (فأخذ من تركته لايأخذ من المرابحة التى جرت بينهما إلا بقدر مامضى من الأيام وهو جواب المتأخرين) قنية وبه أفتى المرحوم أبو السعود أفندى مفتى الروم وعلله بالرفق للجانبين وقد قدمته قبل فصل القرض والله أعلم .

[فرع] فى آخر الكنز ينبغى لحافظ القرآن فى كل أربعين يوما أن يختم مرة والله أعلم .

كتاب الفرائض

هى علم بأصول من فقه وحساب تعرف حق كل من التركة والحقوق ههنا خمسة بالاستقراء لأن الحق إما للميت أو عليه أولا ولا الأول التجهيز والثانى إما أن يتعلق بالذمة وهو الدين المطلق أولا وهو المتعلق بالعين

نصب الرجل اليمنى ، والجلوس على اليسرى وتمامه فيه (قوله وإذا خرج من بلدة بها الطاعون) المناسب زيادة أو دخل ليناسب ما بعده ط (قوله ليس له ذلك) هذا فى غير الجهاد المتعين ، لأن نفعه للمسلمين أكثر ثوابا من الجهاد حيث كان بهذه الصفة (قوله قضى المديون الخ) أفاد أن الدين إذا كان مؤجلا ، فقضاه المديون قبل حلول الأجل يجبر الدائن على القبول كما فى الخانية (قوله لا يأخذ من المرابحة الخ) صورته : اشترى شيئا بعشرة نقداً وباعه لآخر بعشرين إلى أجل هو عشرة أشهر ، فإذا قضاه بعد تمام خمسة أو مات بعدها يأخذ خمسة ، ويترك خمسة ط :

أقول : والظاهر أن مثله ما لو أقرضه وباعه سلعة بثمن معلوم وأجل ذلك ، فيحسب له من ثمن السلعة بقدر ما مضى فقط تأمل (قوله وعلله الخ) علله الحانوتى بالتباعد عن شبهة الربا ، لأنها فى باب الربا ملحقة بالحقيقة ووجه أن الربح فى مقابلة الأجل ، لأن الأجل وإن لم يكن مالا ، ولا يقابله شئ من الثمن لكن اعتبروه مالا فى المرابحة إذا ذكر الأجل بمقابلة زيادة الثمن ، فلو أخذ كل الثمن قبل الحلول كان أخذه بلا عوض والله سبحانه وتعالى أعلم

كتاب الفرائض

مناسبته للوصية أنها أخت الميراث ، ولوقوعها فى مرض الموت ، وقسمة الميراث بعده ولذا أخر عنها ، ثم الفرائض جمع فريضة : وهى ما يفترض على المكلف وفرائض الإبل ما يفرض كبنت مخاض فى خمسة وعشرين ، وقد سمى بها كل مقدر فقيل لأنصباء المواريث فرائض ، لأنها مقدرة لأصحابها ثم قيل للعلم بمسائل الميراث علم الفرائض وللعالم به فرضى وفارض وفراض معرب (قوله هى علم بأصول الخ) أى قواعد وضوابط تعرف أى تلك الأصول حق كل أى كل واحد من الورثة : أى قدر ما يستحقه من التركة ، ولا يخفى أن من تلك الأصول الموصوفة بما ذكر الأصول المتعلقة بالمنع من الميراث والحجب ، بل هى العمدة فى ذلك إذ بدونها لا تعرف الحقوق ، ولذا قالوا من لا مهارة له بها لا يحل له أن يقسم فريضة ، ودخل فيها معرفة كون الوارث ذا فرض أو عصبة أو ذا رحم ، ومعرفة أسباب الميراث والضرب والتصحيح والعول والرد وغير ذلك فافهم

والثالث إما اختيارى وهو الوصية أو اضطرارى وهو الميراث وسمى فرائض لأن الله تعالى قسمه بنفسه وأوضحه وضوح النهار بشمسه ولذا سماه صلى الله عليه وسلم نصف العلم لثبوته بالنص لاغير . وأما غيره فبالنص تارة وبالقياس أخرى وقيل لتعلقه بالموت وغيره بالحياة أو بالضرورى وغيره بالاختيارى ، وهل إرث الحى من الحى أم من

والمراد بالفرائض السهام المقدرة كما مر فيدخل فيه العصبات ، وذو الرحم لأن سهامهم مقدرة وإن كانت بتقدير غير صريح ، وموضوعه : التركات ، وغايته : إيصال الحقوق لأربابها ، وأركانه : ثلاثة وارث ومورث وموروث : وشروطه : ثلاثة : موت مورث حقيقة ، أو حكما كمفقود أو تقديرا كجنين فيه غرة ووجود وارثه عند موته حيا حقيقة أو تقديرا كالحمل والعلم بجهة إرثه ، وأسبابه وموانعه ستأتى وأصوله : ثلاثة الكتاب والسنة فى إرث (١) أم الأم بشهادة المغيرة وابن سلمة ، وإجماع الأمة فى إرث أم الأب باجتهاد عمر رضى الله تعالى عنه الداخل فى عموم الإجماع وعليه الإجماع ، ولا مدخل للقياس هنا خلافا لمن زعمه فى أم الأب وقد علمت جوابه واستمداده من هذه الأصول أفاده فى الدر المنتقى (قوله لأن الله تعالى قسمه) الأولى قدره كما قال الزيلعى لأنه معنى الفرض تأمل (قوله بنفسه) أى ولم يفوض تقديره إلى ملك مقرب ، ولا نبى مرسل بخلاف سائر الأحكام كالصلاة والزكاة والحج وغيرها ، فإن النصوص فيها مجملة كقوله تعالى — أقيموا الصلاة وآتوا الزكاة — ولله على الناس حج البيت — وإنما السنة بينتها زيلعى (قوله لثبوته بالنص لاغير) أراد بالنص مايشمل الإجماع ، واحترز به عن القياس فإنه لايجرى فى المواريث لأنه لامجال له فى المقدرات لخفاء وجه الحكمة فى التخصيص بمقدار دون آخر ثم إن هذا علة للعلة ، والأولى أن يقول : أو لثبوته فيكون علة ثانية لتسميته نصف العلم وقيل فى وجه التسمية غير ماذكره ، وقيل أنه مما لايدرك معناه فتصدق بأنه نصف العلم ، ولا نبحث عن وجهه :

ثم اعلم أن ماذكره من الأوجه مبنى على أن النصف يراد به أحد قسمى الشىء ، فإن كل شىء تحته نوعان أحدهما نصف له وإن لم يتحد عددهما ، ومنه حديث أحمد « الطهور نصف الإيمان » وقول العرب : نصف السنة حضر ونصفها سفر أى تنقسم زمانين وإن تفاوتت عدتهما ، وقول شريح وقد قيل له كيف أصبحت فقال : أصبحت ونصف الناس علىّ غضبان يريد أنهم بين محكوم له راض ومحكوم عليه غضبان وقول الشاعر :

إذا مت كان الناس نصفان شامت وآخر راض بالذى كنت أصنع

وقول مجاهد : المضمضة والاستنشاق نصف الوضوء : أى أنه نوعان مطهر لبعض الباطن ، ومطهر لبعض الظاهر ، أفاده ابن حجر فى شرح الأربعين (قوله بالنص) أراد به مايعم الإجماع (قوله أو بالضرورى) أى الإرث والاختيارى كالبيع والشراء وقبول الهبة والوصية (قوله وهل إرث الحى من الحى الخ) أى قبيل الموت فى آخر جزء من أجزاء حياته ، والأول قول زفر ومشايخ العراق ، والثانى قول الصاحبين ، وثمرة الخلاف فيما لو تزوج بأمة مورثه ، ولا وارث غيره فقال لها : إذا مات مولاك فأنت حرة فعلى الأول تعتق لأنه أضاف العتق إلى الموت والملك ثابت له قبله ، وعلى الثانى لاتعتق لثبوت الملك بعده أفاده فى شرح الوهبانية ، وتظهر الثمرة أيضا فيما لو علق الوارث طلاقها بموت مولاها كما نص عليه البيرى عن السراجية .

---

(١) (قوله فى إرث أم الأم بشهادة الخ) أى بشهادتهما لدى عمر على توريث النبى صلى الله عليه وسلم لأم الأم ولم يرد توريثها فى كتاب الله تعالى اه .

الميت ؟ المعتمد: الثانى شرح وهبانية (يبدأ من تركة الميت الخالية عن تعلق حق الغير بعينها كالرهن والعبد والجانى) والمأذون المديون والمبيع المحبوس بالثمن والدار المستأجرة وإنما قدمت على التكفين لتعلقها بالمال قبل صيرورته تركة (بتجهيزه) يعم التكفين (من غير تقتير ولا تبذير)

أقول : وبه تظهر فائدة تصويرها بالزوج وإلا فتعليق العتق لايتوقف على الزوجية تأمل (قوله المعتمد الثانى) وكذا ذكر الطرابلسى فى سكب الأنهر أن عليه المعول لكن ذكر فى الدر المنتقى عن التاترخانية أن الاعتماد على الأول (قوله الخالية الخ) صفة كاشفة لأن التركة فى الاصطلاح ماتركه الميت من الأموال صافيا عن تعلق حق الغير بعين من الأموال كما فى شروح السراجية .

واعلم أنه يدخل في التركة الدية الواجبة بالقتل الخطأ أو بالصلح عن العمد أو بانقلاب القصاص مالا بعفو بعض الأولياء ، فتقضى منه ديون الميت وتنفذ وصاياه كما فى الذخيرة (قوله بعينها) متعلق بقوله تعلق (قوله كالرهن الخ) مثال للعين التى تعلق بها حق الغير فإذا رهن شيئا وسلمه ولم يترك غيره فدين المرتهن مقدم على التجهيز فإن فضل بعده شئ صرف إليه (قوله والعبد الجانى) أى فى حياة مولاه ولا مال له سواه فإن المجنى عليه أحق به من المولى إلا أن يفضل بعد أرش الجناية شئ .

[تنبيه] لو كان العبد الجانى هو المرهون قدم حق المجنى عليه ، لأنه أقوى لثبوته على ذمة العبد ، وحق المرتهن فى ذمة الراهن ومتعلق برقبة العبد لا فى ذمته ذكره يعقوب باشا فى حاشية شرح السراجية للسيد الشريف (قوله والمأذون المديون) أى فإذا مات المولى ولا مال له سواه قدم الغرماء على التجهيز (قوله والمبيع المحبوس بالثمن) كما لو اشترى عبدا ولم يقبضه فمات قبل نقد الثمن ، فالبائع أحق بالعبد من تجهيز المشترى .

قال يعقوب باشا : أما إذا كان المبيع فى يد المشترى ، ومات عاجزا عن أداء الثمن فإنه يبدأ برجوعه لامطلقا ، بل إذا لم يتعلق به شئ من الحقوق اللازمة كما إذا كاتبه المشترى أو رهنه أو استولده أو جنى ذلك المبيع على غيره ، فإنه حينئذ لم يثبت له حق الرجوع لمانع قوى ، حتى لو عجز المكاتب وعاد إلى الرق أو فك الرهن أو فدى من الجناية ، فله الرجوع لزوال ذلك المانع اه ونقل مثله ط عن حاشية عجم زاده على شرح السيد ثم قال وانظر هذا مع قولهم إن البائع أسوة الغرماء فيه عندنا اه أى فيما إذا قبض المشترى المبيع ولم يذكروا فيه إلا خلاف الشافعى كما تقدم قبيل خيار الشرط ، والظاهر أن ماذكر هنا مأخوذ من كتب الشافعية فليتنبه له (قوله والدار المستأجرة) فإنه إذا أعطى الأجرة أولا ثم مات الآجر صارت الدار هنا بالأجرة سيد قال ط : زاد فى روح الشروح على ماذكر العبد الذى جعل مهرا يعنى إذا مات الزوج وهو فى يده ولا مال له سواه فإن الزوجة تقدم على تجهيز الزوج ، والمقبوض بالبيع الفاسد إذا مات البائع قبل الفسخ : أى فإن المشترى مقدم على تجهيز البائع (قوله وإنما قدمت الخ) أى هذه الحقوق المتعلقة بهذه الأعيان ، والأصل أن كل حق يقدم فى الحياة يقدم فى الوفاة در منتقى ، وتقديمها على التجهيز هو الذى جزم به فى المعراج ، وكذا شراح الكنز والسراجية بل حكى بعض شراح السراجية الاتفاق عليه ، فما ذكره مسكين من أن ذلك رواية وأن الصحيح تقديم التجهيز قال فى الدر المنتقى منظور فيه ، بل تعليلهم يفيد أنه ليس بتركة أصلا اه أى فلا يرد على إطلاق المتون من أنه يبدأ من التركة بالتجهيز (قوله بتجهيزه) وكذا تجهيز من تلزمه نفقته ، كولد مات قبله ولو بلحظة وكزوجته ، ولو غنية على المعتمد در منتقى (قوله يعم التكفين) كأنه يشير إلى أن قول السراجية : يبدأ بتكفينه وتجهيزه من عطف العام على الخاص (قوله من غير تقتير ولا تبذير) التقتير هو التقصير والتبذير يستعمل فى المشهور بمعنى الإسراف ، والتحقيق أن بينهما فرقا وهو أن الإسراف صرف الشئ فيما ينبغى زائدا على ماينبغى ، والتبذير

كـكفن السنة أو قدر ما كان يلبسه فى حياته ولو هلك كفنه فلو قبل تفسخه كفن مرة بعـد أخرى وكله من كل ماله (ثم) تقدم (ديونه التى لها مطالب من جهة العباد) ويقدم دين الصحة على دين المرض إن جهل سببه وإلا فسيان كما بسطه السيد ، وأما دين الله تعالى فإن أوصى به وجب تنفيذه من ثلث الباقى وإلا لا ثم) تقدم (وصيته)

صرفه فيما لا ينبغى صرح به الـكرمانى فى شرح البخارى يعقوب ، وعليه فالمناسب التعبير بالإسراف بدل التبذير موافقا لقوله تعالى ـ والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا ـ لـكنه راعى المشهور (قوله كـكفن السنة) أى من حيث العدد وقوله أو قدر ما كان يلبسه فى حياته أى من حيث القيمة ، وأو بمعنى الواو قال فى سكب الأنهر : ثم الإسراف نوعان من حيث العدد بأن يزاد فى الرجل على ثلاثة أثواب ، وفى المرأة على خمسة ومن حيث القيمة بأن يكفن فيما قيمته تسعون ، وقيمة مايلبسه فى حياته ستون مثلا والتقتير أيضا نوعان عكس الإسراف عددا وقيمة اه وهذا إذا لم يوص بذلك ، فلو أوصى تعتبر الزيادة على كفن المثل من الثلث ، وكذا لو تبرع الورثة به أو أجنبى ، فلا بأس بالزيادة من حيث القيمة لا العدد ، وهل للغرماء المنع من كفن المثل قولان والصحيح نعم در منتقى : أى فيكفن بكفن الـكفاية وهو ثوبان للرجل وثلاثة للمرأة ابن كمال (قوله أو قدر ما كان يلبسه فى حياته) أى من أوسط ثيابه ، أو من الذى كان يتزين به فى الأعياد والجمع والزيارات على ما اختلفوا فيه زيلعى (قوله ولو هلك كفنه الخ) قال فى سكب الأنهر : وإذا نبش قبر الميت وأخذ كفنه يكفن فى ثلاثة أثواب ولو ثالثا أو رابعا مادام طريا ولا يعاد غسله ولا الصلاة عليه ، وإن تفسخ يلف فى ثوب واحد كل ذلك من أصل ماله عندنا ، وإن كان عليه دين إلا أن يكون الغرماء قد قبضوا التركة ، فلا يسترد منهم وإن كان قد قسم ماله ، فعلى كل وارث بقدر نصيبه دون الغرماء ، وأصحاب الوصايا لأنهم أجانب ، ولا تجبر الورثة على قبول كفن متبرع ، لأن فيه لحوق العار بهم إلا إذا كان الورثة صغارا ، فحينئذ لو رأى الإمام مصلحة يقبل إلا أن يختاروا القيام بأنفسهم فحينئذ هم أولى به اه أى إلا أن يختار الـكبار منهم تأمل (قوله ويقدم دين الصحة) هو ما كان ثابتا بالبينة مطلقا أو بالإقرار فى حال الصحة ط : وقد يرجح بعضه على بعض كدين الأجنبى على مكاتب مات عن وفاء يقدم على دين المولى وكالدين الثابت على نصرانى بشهادة المسلمين ، فإنه مقدم على الثابت بشهادة أهل الذمة عليه والدين الثابت بدعوى المسلم عليه يقدم على الدين الثابت عليه بدعوى كافر إذا كان شهودهما كافرين، أو شهود الـكافر فقط أما إذا كان شهودهما مسلمين أو شهود الـكافر فقط ، فهما سواء كما فى حاشية البحر للرملى من كتاب الشهادات فافهم (قوله على دين المرض) هو ما كان ثابتا بإقراره فى مرضه أو فيما هو فى حكم المرض كإقرار من خرج للمبارزة أو أخرج للقتل قصاصا أو ليرجم ط عن عجم زاده (قوله إن جهل سببه) أما إذا علم بأن أقر فى مرضه بدين علم ثبوته بطريق المعاينة ، كما يجب بدلا عن مال ملكه أو استهلـكه كان ذلك بالحقيقة من دين الصحة إذ قد علم وجوبه بغير إقراره ، فلذلك ساواه فى الحكم اه سيد (قوله وأما دين الله تعالى الخ) محترز قوله من جهة العباد وذلك كالزكاة والـكفارات ونحوها قال الزيلعى فإنها تسقط بالموت فلا يلزم الورثة أداؤها إلا إذا أوصى بها ، أو تبرعوا بها هم من عندهم ، لأن الركن فى العبادات نية المـكلف وفعله ، وقد فات بموته فلا يتصور بقاء الواجب اه وتمامه فيه .

أقول : وظاهر التعليل أن الورثة لو تبرعوا بها لا يسقط الواجب عنه لعدم النية منه ولأن فعلهم لا يقوم مقام فعله بدون إذنه تأمل (قوله من ثلث الباقى) أى الفاضل عن الحقوق المتقدمة ، وعن دين العبادة فإنه يقدم لو اجتمع مع دين الله تعالى ، لأنه تعالى هو الغنى ونحن الفقراء كما فى الدر المنتقى (قوله ثم تقدمت وصيته) أى

ولو مطلقة على الصحيح خلافا لما اختاره فى الاختيار (من ثلث مابقى) بعد تجهيزه وديونه وإنما قدمت فى الآية اهتماما لـكونها مظنة التفريط (ثم) رابعا بل خامسا (يقسم الباقى) بعد ذلك (بين ورثته)

على القسمة بين الورثة قال الزيلعى : ثم هذا ليس بتقديم على الورثة فى المعنى ، بل هو شريك لهم حتى إذا سلم له شئ سلم للورثة ضعفه أو أكثر ولا بد من ذلك ، وهذا ليس بتقديم فى الحقيقة ، بخلاف التجهيز والدين فإن الورثة والموصى له لايأخذون إلا مافضل عنهما اهـ (قوله ولو مطبقة على الصحيح) كذا قاله السيد وغيره ثم قال وقال شيخ الإسلام خواهر زاده * إن كانت معينة كانت مقدمة عليه وإن كانت مطلقة كأن يوصى بثلث ماله أو ربعه كانت فى معنى الميراث لشيوعها فى التركة فيكون الموصى له شريكا للورثة لا مقدما عليهم ، ويدل على شيوع حقه فيها كحق الوارث أنه إذا زاد المال بعد الوصية زاد على الحقين ، وإذا نقص نقص عنهما حتى إذا كان ماله حال الوصية مثلا ألفا ، ثم صار ألفين فله ثلث الألفين وإن العكس فله ثلث الألف اهـ .

قال الأكمل : ولعل الصواب معه فإن التقديم إنما يتصور فيه بجعل حق الموصى له متعلقا بالصورة والمعنى إذا خرج من الثلث فيمنع تعلق حق الوارث بصورته ، فكان ذلك تقديما على الورثة ، وأما إذا كانت مطلقة فلا يتصور هناك تقديم اهـ (قوله خلافا لما اختاره فى الاختيار) أى من قول شيخ الإسلام المتقدم ونصه فإن كانت الوصية بعين تعتبر من الثلث وتنفذ وإن كانت بجزء شائع كالثلث والربع ، فالموصى له شريك للورثة يزداد نصيبه بزيادة التركة ، وينقص بنقصها بحسب المال ويخرج نصيب الموصى له كما يخرج نصيب الوارث ، ويقدم على قسمة التركة بين الورثة لما تلونا اهـ .

والحاصل : أنه لاخلاف فى تقديم الوصية بعين كالدار والثوب مثلا بمعنى أنها إذا خرجت من الثلث فلا حق للورثة فيها ، فتفرز وحدها ، ويقسم بين الورثة ماسواها ، وأما الوصية المطلقة فمن نظر إلى أنها شائعة فى التركة تزداد بزيادتها وبالعكس قال : لاتقديم فيها بل الموصى له شريك للورثة دائما بمعنى أنه لايمكن أن ينفرد بالأخذ ، وإن استغرق التركة ، بخلاف الدين ونحوه ومن نظر إلى أن قسمة الميراث لاتكون إلا بعد إخراج نصيب الموصى له قال : إنها مقدمة لأنه لولم يفرز نصيبه أولا بل اعتبر شريكا مع الورثة لزم أن يقسم له معهم كأنه واحد منهم له ثلث التركة مثلا ويلزم منه الخلل مثلا لو تركت زوجا وأختين شقيقتين ، وأوصت بالثلث لزيد فيخرج الثلث الموصى به أولا فيأخذ زيد واحدا من ثلاثة ثم يقسم الباقى من سبعة ، للزوج ثلاثة وللشقيقتين أربعة ، وإلا لزم أن تقسم التركة من تسعة ، فيأخذ الموصى له اثنين ، والزوج ثلاثة والشقيقتان أربعة ، فينقص نصيب الموصى له وأنت إذا حققت النظر يظهر لك أن الخلاف لفظى لأن كل واحد من أصحاب القولين يسلم ماقاله الآخر ، وإنما النزاع فى أن إخراج نصيب الموصى له أولا هل يسمى تقديما أم لا ويدل عليه كلام الزيلعى السابق وكذا كلام صاحب الاختيار فإنه تابع شيخ الإسلام فى القول بالمشاركة ، ثم ذكر أن نصيب الموصى له يقدم على قسمة التركة فقد جمع بين المشاركة والتقديم فاغتنم هذا التحقيق الذى هو بالقبول حقيق ، والله تعالى ولى التوفيق (قوله فى الآية) أى قوله تعالى — من بعد وصية يوصى بها أو دين — (قوله لكونها مظنة التفريط) لأنها مأخوذة بلا عوض فتشق على الورثة ، ولا تطيب نفوسهم بها بخلاف الدين أو لـكونها برا وطاعة ، والدين مذموم غالبا ولذا استعاذ منه عليه الصلاة والسلام أو لأن حكمها كان مجهولا عند المخاطبين ، بخلاف الدين وتمامه فى سكب الأنهر عن الزمخشرى (قوله بل خامسا) باعتبار البداءة قبل التجهيز بعين تعلق بها حق الغير لـكن تقدم أنها ليست من التركة ، والمراد بيان الحقوق المتعلقة بالتركة فهى حينئذ أربعة (قوله يقسم الباقى) لم يقل يقدم كما قال

أى الذين ثبت إرثهم بالكتاب أو السنة كقوله عليه الصلاة والسلام «أطعموا الجدات السدس» أو الإجماع فجعل الجد كالأب وابن الابن كالابن (ويستحق الإرث) ولو لمصحف به يفتى وقيل لايورث وإنما هو للقارئ من ولديه صيرفية بأحد ثلاثة (برحم ونكاح) صحيح فلا توارث بفاسد ولاباطل إجماعا (وولاء) والمستحقون للتركة عشرة أصناف مرتبة كما أفاده بقوله (فيبدأ بذوى الفروض)

فى سابقه لأنه آخر الحقوق فلم يبق مايقدم عليه (قوله أى الذين ثبت إرثهم بالكتاب) أى القرآن وهم الأبوان والزوجان والبنون والبنات والإخوة والأخوات (قوله أو السنة) أو هنا وفيما بعده مانعة الخلو فتصدق باجتماع الثلاثة والمراد بالسنة ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم ، سواء كان فعلا كبنت الابن والأخوات لأبوين أو لأب مع البنت الصلبية والجدة أم الأم أو قولا كما مثل الشارح أفاده فى سكب الأنهر (قوله أو الإجماع) أى اتفاق رأى المجتهدين من أمة محمد صلى الله عليه وسلم فى عصر ما على حكم شرعى ، وقيل المراد به هنا : قول مجتهد واحد من إطلاق إسم الكل على الجزء كإطلاق القرآن على كل آية منه ، ليشمل من اختلف فى وراثته كذوى الأرحام وفيه نظر ، لأنه يخرج عنه ما اتفق عليه رأى المجتهدين ولأن من اختلف فى وراثته دليله عند القائل به الكتاب أو السنة فلا حاجة إلى التأويل (قوله فجعل الجد كالأب الخ) وكجعل الجدة كالأم وبنت الابن كالبنت الصلبية والأخ لأب كالشقيق والأخت لأب كالشقيقة سكب الأنهر (قوله ويستحق) بالبناء للمجهول أو للمعلوم ، وضميره للوارث المفهوم من المقام (قوله بأحد ثلاثة) يعنى أن كل واحد منها علة للاستحقاق بمعنى أنه لايلزم اجتماع الثلاثة أو بعضها فلا ينافى حصول الاستحقاق باثنين منها كزوجة هى بنت عم أو معتقة فيرث منها الزوج النصف بالزوجية والباقى بالتعصيب أو الولاء فافهم (قوله ونكاح صحيح) ولو بلا وطء ولا خلوة إجماعا در منتقى (قوله فلا توارث بفاسد) هو مافقد شرطا من شروط الصحة كشهود ، ولا باطل كنكاح المتعة والمؤقت وإن جهلت المدة ، أو طالت فى الأصح كما مر فى محله (قوله وولاء) أى بنوعيه عتاق وموالاة (قوله والمستحقون للتركة عشرة أصناف) جمعها العلامة محمد بن الشحنة على هذا الترتيب فى منظومته الفرضية التى شرحها شيخ مشايخنا الفقيه إبراهيم السائحانى فقال :

يعطى ذوو الفروض ثم العصبه ثم الذى جاد بعتق الرقبه
ثم الذى يعصبه كالجد ثم ذوو الأرحام بعد الرد
ثم محمل ورا موال ثم مزاد ثم بيت المال

وأراد بالمحمل من أقر له بنسب محمل على الغير وبالمزاد الموصى له بما زاد على الثلث أقول وحيث ذكر عصبة المعتق فالمناسب ذكر عصبة الموالى أى مولى الموالاة أيضا ، فإنهم يرثون بعده أيضا كما يأتى فالأصناف أحد عشر .

[تنبيه] قيد بالتركة لأن الإرث يجرى فى الأعيان الماليه ، أما الحقوق فمنها مايورث كحق حبس المبيع وحبس الرهن ، ومنها مالا يورث كحق الشفعة وخيار الشرط وحد القذف والنكاح : أى حق التزويج كما لو مات الشقيق عن ابن وثم أخ لأب فالحق للأخ لا للإبن والولايات والعوارى والودائع كما لو مات المستعير لايكون وارثه مستعيرا وكذا المودع ، وكذا الرجوع عن الهبة ، وكذا الولاء كأن يكون للمعتق ابنان فمات أحدهما بعده عن ابن فالولاء للابن الباقى ، فلو مات هذا عن ابنين فالولاء بينهما ، وبين ابن الإبن الأول أثلاثا كأنهم ورثوا من جدهم لا من آبائهم . وأجمعوا على أن خيار القبول لايورث ، وكذا الإجارة ، وكذا الإجازة فى بيع الفضولى ، وكذا الأجل .

أى السهام المقدرة وهم اثنا عشر من النسب ثلاثة من الرجال وسبعة من النساء واثنان من التسبب وهما الزوجان (ثم بالعصبات) أل للجنس فيستوى فيه الواحد والجمع وجمعه للازدواج (النسبية) لأنها أقوى (ثم بالمعتق) ولو أنثى وهو العصبة السببية

واختلفوا فى خيار العيب فقيل يورث واقتصر عليه فى الدرر وادعى شارح الطحاوى الإجماع عليه وقيل يثبت للوارث ابتداء وكذا الخلاف فى القصاص ، وأما خيار الرؤية فالصحيح أنه يورث ، وأما خيار التعيين كما لو اشترى عبدين على أنه بالخيار فى أحدهما فاتفقوا على أنه يثبت للوارث ابتداء وكذا خيار الوصف ينتقل إلى الوارث إجماعا كما فى الفتح ، ويؤخذ منه أن خيار التغرير يورث لأنه يشبه فوات الوصف وإليه مال العلامة المقدسى ومال صاحب التنوير إلى خلافه لكنه مال فى منظومته الفقهية إلى الأول اه ملخصا من الأشباه وشرحها لشيخنا العلامة البعلى (قوله أى السهام المقدرة) هى النصف والربع والثمن والثلثان والثلث والسدس سراج (قوله ثلاثة من الرجال) هم الأب والجد والأخ لأم ح (قوله وسبعة من النساء) هن البنت وبنت الابن والأخت الشقيقة والأخت لأب والأخت لأم والأم والجدة ح (قوله فيستوى فيه الواحد والجمع) لما تقرر أن أل تبطل معنى الجمعية بحيث يتناول كل واحد كالفرد حتى لو قال والله لا أتزوج النساء يحنث بتزوج واحدة ، وإذا قال نساء لايحنث إلا بثلاث يعقوب (قوله وجمعه للازدواج) جواب سؤال تقديره أنه كان الأخصر التعبير بالعصبة مفردا كما عبر فى قسيمه وهو العصبة السببية والجنسية فيه أظهر :

والجواب أنه جمعه لفظا وإن لم يكن معنى الجمع مراد التزاوج بينه وبين قوله بذوى الفروض حيث ذكره بلفظ الجمع أو يقال جمعه لتعدد أنواعه من عصبة بنفسه وبغيره ومع غيره كما يأتى بيانه ، وقد يقال إن الداعى إلى إبطال معنى الجمعية أنه لايشترط فى تقديمه على المعتق تعدد ، بل يقدم ولو واحدا ، بخلاف أصحاب الفروض فإنه ليس فيهم من يتقدم وحده على العصبة بمعنى أنه لايرث معه العصبة إذ ليس فى أصحاب الفروض من يحرز كل المال وحده بالفرضية ، وإن كان يتقدم عليه بمعنى آخر وهو أنه لايعطى للعصبة إلا ما أبقاه له صاحب الفرض فتأمل (قوله لأنها أقوى) علة للتقديم المستفاد من ثم ومن متعلق الجار قال السيد : فإن العصوبة النسبية أقوى من السببية يرشدك إلى ذلك أن أصحاب الفروض النسبية يرد عليهم دون أصحاب الفروض السببية أعنى الزوجين (قوله ثم بالمعتق) الأولى قول السراجية مولى العتاقة ليشمل الاختيارية بأن عتق عليه بلفظ إعتاق أو فرعه من تدبير أو غيره ، أو بشراء ذى رحم محرم منه ، والاضطرارية بأن ورث ذا رحم محرم منه ، فعتق عليه والمراد جنس مولى العتاقة ، فيشمل المتعدد والمنفرد كما يشمل الذكر والأنثى المعتق بواسطة كمعتق المعتق على ما يأتى قريبا وكمعتق الأب ، ويشمل أيضا كما قال ابن كمال المعروف ، والمقر له ويقدم المعروف على المقر له ، ويشترط فى صحته أن لايكون للمقر مولى عتاقة معروفة وأن لايكون مكذبا شرعا اه .

[تنبيه مهم] شرط ثبوت الولاء أن لاتكون الأم حرة الأصل بمعنى عدم الرق فيها ، ولا فى أصلها فإن كانت فلا ولاء على ولدها وإن كان الأب معتقا كما فى البدائع ، فإذا تزوج العتيق حرة الأصل فلا ولاء على أولاده تغليبا للحرية كما فى سكب الأنهر عن الدرر وغيرها ، وتمامه فيه ، وفيما قدمناه فى كتاب الولاء فاحفظه ، فإنه مزلة الإقدام (قوله وهو العصبة السببية) خاص بالمعتق دون عصبته ، وليس كذلك ، بل العصبة السببية مجموعهما كما فى شرح السراجية للعلامة ابن الحنبلى ، وعليه كلام الشارح الآتى فى فصل العصبات ، وما أوهمه كلام السيد من خلاف ذلك أجاب عنه يعقوب ، فيكان على الشارح أن يقول بعد قوله : ثم عصبته الذكور

(ثم عصبته الذكور) لأنه ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن (ثم الرد) على ذوى الفروض النسبية بقدر حقوقهم (ثم ذوى الأرحام ثم بعدهم مولى الموالاة) كما مر فى كتاب الولاء وله الباقى بعد فرض أحد الزوجين ذكره السيد (ثم المقر له بنسب)

وهما العصبة السببية بضمير التثنية (قوله ثم عصبته الذكور) أى العصبة بنفسه ، فيكون من الذكور قطعا ، وكونه عصبة بنفسه لمولى العتاقة لاينافى كونه عصبة سببية للميت كما قال ابن الحنبلى ، فلو ترك العتيق ابن سيده وبنته فالإرث للإبن فقط ولو ترك بنت سيده وأخته فلا حق لهما فيه (قوله لأنه الخ) علة للتقييد بالذكور الذى قال السيد أنه لابد منه ، ولكن هذا مبنى على أن المراد بالمعتق مايشمل القريب والبعيد كالمعتق ومعتق المعتق ، وهكذا ذكرا أو أنثى : أما إذا أريد به ماهو المتبادر منه وهو المعتق القريب ، فلا حاجة إلى التقييد به ، ويكون المراد بعصبته العصبة السببية من الذكور والإناث كمعتق المعتق ومعتقة المعتق والعصبة النسبية أيضا ، لكن لابد فى الثانى من كونه عصبة بالنفس ، فيكون من الذكور قطعا كما مر دون العصبة بالغير أو مع الغير للحديث المذكور :

[تنبيه] اقتصاره على المعتق وعصبته يفيد أنه لو كان لعصبة المعتق عصبة فلا ميراث له بيانه امرأة أعتقت عبدا ثم ماتت عن زوج وابن منه ، ثم مات العتيق فالميراث لابنها ، لأنه عصبتها فلو مات الابن قبل العتيق ، فلا ميراث لزوجها ، لأنه عصبة عصبتها ، وأما إذا أعتق رجل عبدا ثم العبد أعتق آخر ثم الآخر أعتق آخر ، ومات العتيق الثالث وترك عصبة المعتق الأول ، فإنه يرثه وإن كان فى صورة عصبة عصبة المعتق ، لكن لا لذلك ، بل لأن العتيق الأول جر ولاء هذا الميت فيرثه عصبة العتيق الأول لقيامه مقام المعتق الأول للحديث اهـ ملخصا من الذخيرة فى باب الولاء . وقدمناه هناك وسيأتى تمام كلام على الحديث (قوله ثم الرد) أى عند عدم من تقدم ذكره من العصبات يرد الباقى من أصحاب الفروض على ذوى الفروض النسبية ، واحترز به عن ذوى الفروض السببية كالزوجين ، لأن سبب الرد هو القرابة الباقية بعد أخذ الفرض ، وقرابة الزوجية حكمية لاتبقى بعد أخذ الفرض فلا رد لانتفاء سببه ، أفاده يعقوب لكن سيأتى عن الأشباه ، وتقدم فى الولاء أنه يرد عليهما فى زماننا ويأتى تمامه إن شاء الله تعالى (قوله بقدر حقوقهم) أى قدرا نسبيا لا عدديا ، لأن مايعطى من الرد قد يكون أقل مما يعطى من الفرض كما فى أختين لأبوين وأخت لأم ومساويا كما فى أختين لأم وأم وأكثر كما فى أخت لأم وجدة وطريق النسبة أن من له النصف فرضا له بقدر سهام النصف من الرد ومن له الثلث كذلك ، فكذلك مثلا إذا ترك أختا شقيقة ، وأما فالمسألة من ستة نصفها وهو ثلاثة للشقيقة ، وثلثها وهو إثنان للأم وجملة السهام خمسة بقى واحد يرد عليهما بنسبة سهامهما ، وقد كان للشقيقة ثلاثة أخماس الواحد وللأم إثنان فلها خمسا الواحد وترجع مسألة الرد إلى خمسة كما يأتى بيانه فى محله (قوله ثم ذوى الأرحام) أى يبدأ بهم عند عدم ذوى الفروض النسبية والعصبات فيأخذون كل المال ، وما بقى عن أحد الزوجين لعدم الرد عليهما (قوله ثم بعدهم) أى إذا فقد ذوو الأرحام يقدم مولى الموالاة أى القابل موالاة الميت ، حين قال له أنت مولاى ترثنى إذا مت وتعقل عنى إذا جنيت ، ولم يكن من العرب ، ولا من معاتيقهم ولا له وارث نسبى ، ولا عقل عنه بيت المال أو مولى موالاة آخر فيرثه القابل بل عكس إلا أن شرط ذلك من الجانبين ، وتحققت الشرائط فيهما ، وله أن يرجع مالم يعقل عنه مولاه وذا مذهب عمر وعلى وكثيرين ، ثم عصبته ترث أيضا على ترتيب عصبة مولى العتاقة ، وإن لم يذكره المصنف سائحانى فى شرح المنظومة وقدمناه مع استيفاء الشروط وبيانها فى الولاء (قوله وله الباقى الخ) أى إن لم يوجد أحد ممن تقدم فله كل المال إلا إن وجد أحد الزوجين فله الباقى عن فرضه (قوله ثم المقر له بنسب الخ) أى ثم بعد مولى

على غيره (لم يثبت) فلو ثبت بأن صدقه المقر عليه أو أقر بمثل إقراره أو شهد رجل آخر ثبت نسبه حقيقة وزاحم الورثة وإن رجع المقر وكذا لو صدقه المقر له قبل رجوعه وتمامه فى شروح السراجيه سيما روح الشروح وقد لخصته فيما علقته عليها (ثم) بعدهم (الموصى له بما زاد على الثلث) ولو بالكل وإنما قدم عليه المقر له

الموالاة بأن لم يكن يقدم المقر له بنسب الخ فيعطى كل المال إلا إذا كان أحد الزوجين ، فيعطى مافضل بعد فرضه (قوله على غيره) ضمنه معنى التحميل فعداه بعلى أى المحمول نسبه على غيره فى ضمن الإقرار بالنسب من نفسه كما لو أقر له بأنه أخوه أو ابن ابنه ، فإن إقراره هذا تضمن حمل النسب على الأب أو الإبن ، واحترز به عما إذا لم يتضمن تحميل النسب على غيره كما إذا أقر لمجهول النسب بأنه إبنه فإنه يوجب ثبوت النسب منه ، ويندرج فى الورثة النسبية إذا اشتمل الإقرار على شرائط صحته كالحرية والبلوغ والعقل فى المقر، وتصديق المقر له بالنسب، وكونه بحيث يولد مثله لمثله وتقدم فى باب إقرار المريض تمام الكلام على مايصح من ذلك ، ومالا يصح مع بيان الشروط وحررناه أيضا فى شرحنا على نظم فرائض الملتقى المسمى بالرحيق المختوم شرح قلائد الدر المنظوم ، وفى آخر التاسع والعشرين من جامع الفصولين فروع مهمة يلزم مراجعتها (قوله لم يثبت) قيد ثان وبين الشارح محترزه وزاد فى السراجية ثالثا ، وهو موت المقر على إقراره لأنه إذا رجع لم يعتد به ، فلا يرث وإذا اجتمعت هذه الصفات فى المقر له صار عندنا وارثا فى المرتبة المذكورة ، لأن المقر كان مقرا بشيئين النسب واستحقاق المال بالإرث ، لكن إقراره بالنسب باطل ، لأنه يحمل نسبه على غيره ، والإقرار على الغير دعوى ، فلا تسمع ويبقى إقراره بالمال صحيحا ، لأنه لايعدوه إلى غيره إذا لم يكن له وارث معروف سيد : أى ويكون هذا الإقرار وصية معنى ، ولذا صح رجوعه عنه ولا ينتقل إلى فرع المقر له ولا أصله (قوله بأن صدقه المقر عليه) بأن قال الأب نعم هو ابنى وهو أخوك وكذا لو صدقه الورثة وهم من أهل الإقرار اهـ من روح الشروح والمراد ورثة المقر بأن قال أولاد المقر هو عمنا ط (قوله أو أقر بمثل إقراره) أى بأن قال من غير علم بإقرار المقر هو ابنى إذ لو علم به كان تصديقا تأمل .

والظاهر أنه إذا حمل نسبه على نفسه ورث منه قصدا ومن غيره وإن لم يقر ذلك الغير أفاده ط (قوله أو شهد رجل) أى مع المقر قال الشارح فى باب إقرار المريض لايصح فى حق غيره إلا ببرهان ومنه إقرار اثنين اهـ وظاهره أنه لايلزم فى هذا الإقرار لفظ الشهادة وأفاد أنه يصح بإقرار الوارث ، وإن لم يقر به المورث وهو ظاهر (قوله وإن رجع المقر) قال فى روح الشروح : واعلم أنه إن شهد مع المقر رجل آخر ، أو صدقه المقر عليه أو الورثة وهم من أهل الإقرار ، فلا يشترط الإصرار على الإقرار إلى الموت ، ولا ينفع الرجوع لثبوت النسب حينئذ اهـ وفى سكب الأنهر : وصح رجوعه لأنه وصية معنى ، ولا شىء للمقر له من تركته .

قال فى شرح السراجية المسمى بالمنهاج : وهذا إذا لم يصدق المقر عليه إقراره قبل رجوعه ، أو لم يقر بمثل إقراره الخ فقول المنح عن بعض شروح السراجية ، وهذا إذا لم يصدق المقر له صوابه المقر عليه كما رأيته فى نسختى مصلحا بخط بعض الفضلاء (قوله وكذا لو صدقه المقر له الخ) الصواب إسقاطه بالكلية ، والذى أوقعه فيه عبارة المنح السابقة . وقد علمت ماهو الصواب فيها لأن تصديق المقر له لايثبت النسب قطعا ، لأنه المنتفع بذلك فهو متهم ، وإذا لم يثبت بإقرار المقر ، فكيف يثبت بتصديق المقر له المتهم على أنك قد علمت أن الذى فى روح الشروح وغيره هو ثبوته بتصديق المقر عليه لا المقر له فتنبه . وتمام الكلام على ذلك يعلم من باب إقرار المريض فارجع إليه (قوله ثم بعدهم الخ) أى إذا عدم من تقدم ذكره يبدأ بمن أوصى له بجميع المال فيكمل له وصيته ، لأن منعه عما زاد على الثلث كان لأجل الورثة ، فإن لم يوجد أحد منهم ، فله عندنا ماعين له كملا سيد ، ولايخفى

لأنه نوع قرابة بخلاف الموصى له (ثم) يوضع (فى بيت المال) لاإرثا بل فيئا للمسلمين .

(وموانعه) على ماهنا أربعة (الرق) ولو ناقصا كمكاتب وكذا مبعض عند أبي حنيفة ومالك رحمهما الله تعالى وقالا حر فيرث ويحجب وقال الشافعى ، لايرث بل يورث وقال أحمد يرث ويورث ويحجب بقدر مافيه من الحرية ،

قلت : وقد ذكر الشافعيه مسألة يورث فيها الرقيق مع رق كله .

صورتها مسأمن جنى عليه فلحق بدار الحرب فاسترق ومات رقيقا بسراية تلك الجناية فديته لورثته ولم أره لأئمتنا فيحرر (والقتل)

أن المراد أنه يأخذ الزائد بطريق الاستحقاق ، بلا توقف على إجارة فلا يرد أن أخذ الزائد لايشترط فيه عدم الورثة إذ لو أجازوا جاز (قوله لأنه نوع قرابة) الأولى قول السيد أن له نوع قرابة (قوله ثم يوضع) أى إن لم يوجد موصى له بالزائد يوضع كل التركة فى بيت المال أو الباقى عن الزائد إن وجد موصى له بما دون الكل ولم يقل ثم يقدم إذ لاشىء بعده وأشار إلى أن كلام المصنف من قبيل قوله * علفتها تبنا وماء باردا * (قوله لا إرثا) نفى لما يقوله الشافعية لما يرد عليه من أنه لو كان إرثا لم تصح وصيته بالثلث للفقراء إذا لم يكن له وارث خاص لأنها وصية لوارث ، فتتوقف على إجازة بقيه الورثة ، ومن أنه يعطى من ذلك المال من ولد بعد موت صاحبه وللولد مع والده ، ولو كان إرثا لما صح ذلك لكن أفتى متأخرو الشافعية بالرد إن لم ينتظم بيت المال (قوله وموانعه) المانع لغة : الحائل واصطلاحا : ما ينتفى لأجله الحكم عن شخص لمعنى فيه بعد قيام سببه ، ويسمى محروما فخرج ما انتفى لمعنى فى غيره فإنه محجوب ، أو لعدم قيام السبب كالأجنبى ، والمراد بالمانع ههنا المانع عن الوراثية لا المورثية وإن كان بعضها كاختلاف الدين مانعا عنهما كما حررته فى الرحيق المختوم (قوله على ماهنا) لأن بعضهم زاد على هذه الأربعة غيرها كما سيذكره الشارح (قوله كمكاتب) المصرح به أن رقه كامل ، وملكه ناقص فالصواب أن يقول : كمدبر وأم ولد اه ح وقد يقال كمال رقه إنما هو بالنسبة إلى المدبر ، وأم الولد ولذا أجاز عتقه عن الكفارة ، وملك أكسابه دونهما ، أما بالنسبة إلى القن فهو ناقص من حيث انعقاد سبب الحرية فيه مثل المدبر وأم الولد (قوله وكذا مبعض الخ) هو من أعتق بعضه فيسعى فى فكاك باقيه ، وهو عند الإمام بمنزلة المملوك مابقى عليه درهم وقالا هو حر مديون فيرث ويحجب بناء على تجزى الإعتاق عنده لا عندهما (قوله وقال الشافعى لايرث بل يورث) قيل المنقول عنه أنه لايرث ، ولا يورث فليراجع (قوله يورث فيها الرقيق) أى بطريق الاستناد إلى أول الإصابة ط (قوله جنى عليه) أى بجراحة مثلا (قوله بسراية تلك الجناية) أى التى أصابته قبل الرق ط (قوله فديته لورثته الخ) أى نظرا إلى وقت الإصابة ، فإنه لو مات بها قبل الاسترقاق كان إرثه لهم فكذا بعده لانعقاد السبب قبله ط (قوله ولم أره لأئمتنا) هم قد اعتبروا وقت الإصابة فى مسائل ، فيمكن أن يكون هذا منها ، ويمكن أن يقال أن موته صدر وهو فى ملك السيد فالدية له ط .

أقول : يظهر لى أنه لايجب على الجانى شىء عندنا لما تقدم فى فصل المستأمن أنه إذا رجع إلى دار الحرب ، وقد ترك وديعة أو دينا فأسر أو ظهر عليهم فأخذ أو قتل سقط دينه ، وما غصب منه وصار ماله كوديعته وماعند شريكه ، أو فى بيته فى دارنا فيأ ، وإن قتل أو مات بلا غلبة عليهم فدينه وقرضه ووديعته لورثته لأن نفسه لم تصر مغنومة اه . ومعلوم أن الدية دين على الجانى فتسقط برجوعه إلى دار الحرب ، واسترقاقه فلا تكون لورثته ولا لسيده أيضا ، لأن الجناية حدثت على ملك المجنى عليه لا على ملك السيد لأنه إنما استرقه مجنيا عليه ،

الموجب للقود أو الكفارة وإن سقطا بحرمة الأبوة على مامر وعند الشافعى لايرث القاتل مطلقا ولو مات القاتل قبل المقتول ورثه المقتول إجماعا (واختلاف الدين) وإسلاما وكفرا وقال أحمد : إذا أسلم الكافر قبل قسمة التركة ورث ، وأما المرتد فيورث عندنا خلافا للشافعى قلت ذكر الشافعية مسألة يورث فيها الكافر ؛

صورتها : كافر مات عن زوجته حاملا ووقفنا ميراث الحمل فأسلمت ثم ولدت ورث الولد ولم أره لأئمتنا صريحا (و) الرابع (اختلاف الدارين) فيما بين الكفار عندنا خلافا للشافعى

فليس له مطالبة الجانى بشئ فتدبره (قوله الموجب للقود أو الكفارة) الأول هو العمد وهو أن يقصد ضربه بمحدد أو مايجرى مجراه فى تفريق الأجزاء ، والثانى ثلاثة أقسام شبه عمد ، وهو أن يتعمد قتله بما لايقتل غالبا كالسوط وخطأ كأن رمى صيدا فأصاب إنسانا وما جرى مجراه كانقلاب نائم على شخص أو سقوطه عليه من سطح ، فخرج القتل بسبب فإنه لايوجبهما كما لو أخرج روشنا أو حفر بئرا أو وضع حجرا فى الطريق ، فقتل مورثه أو أقاد دابة أو ساقها فوطئته ، أوقتله قصاصا أو رجما أو دفعا عن نفسه أو وجد مورثه قتيلا فى داره أوقتل العادل الباغى ، وكذا عكسه إن قال قتلته وأنا على حق ، وأنا الآن على الحق ، وخرج القتل مباشرة من الصبى والمجنون لعدم وجوب القصاص ، والكفارة وتمامه فى سكب الأنهر وغيره وفى الحاوى الزاهدى رمزا إذا قتل الزوج امرأته أو ذات رحم من محارمه المؤنث لأجل الزنا يرث منها عندنا خلافا للشافعى اه يعنى مع تحقق الزنا أما بمجرد التهمة ، فلا كما يقع من فلاحى القرى ببلادنا فادر ذلك رملى والتقييد بالموجب جرى على الغالب إذ الحكم فيما استحب فيه الكفارة كذلك كمن ضرب امرأة فألقت جنينا ميتا ففيه الغرة وتستحب الكفارة مع أنه يحرم الإرث منه (قوله على مامر) أى فى كتاب الجنايات (قوله مطلقا) أى بحق أولا مباشرة أولا ، ولو بشهادة أو تزكية لشاهد بقتل (قوله ولو مات القاتل قبل المقتول) بأن جرحه جرحا صار به ذا فراش فمات الجارح قبله (قوله إسلاما وكفرا) قيد به لأن الكفار يتوارثون فيما بينهم وإن اختلفت مللهم عندنا ، لأن الكفر كله ملة واحدة (قوله وأما المرتد فيورث عندنا) أى من كسب إسلامه وكسب ردته فىء للمسلمين ، وقالا للوارث المسلم ككسب المرتدة (قوله خلافا للشافعى) فقال كسباه لبيت المال (قوله فأسلمت) أى بعد موته ، فلو قبله فالظاهر أن الحمل لايرث قولا واحدا لأنه جزء منها فهو مسلم عند موت المورث وعند الولادة تبعا لها : وهى واقعة الفتوى (قوله ولم أره لأئمتنا صريحا) أقول : قيد بقوله صريحا لأن كلامهم يدل عليه دلالة ظاهرة فمنه قولهم إرث الحمل فأضافوا الإرث إليه وهو حمل ، وأما اشتراطهم خروجه حيا ، فلتحقق وجوده عند موت مورثه ، ومن ثم قيل لنا : جماد يملك وهو النطفة ؛

وفى حاشية الحموى عن الظهيرية : متى انفصل الحمل ميتا إنما لايرث إذا انفصل بنفسه ، وأما إذا فصل فهو من جملة الورثة بيانه إذا ضرب إنسان بطنها فألقت جنينا ميتا ورث ، لأن الشارع أوجب على الضارب الغرة وجوب الضمان بالجناية على الحى ، دون الميت فإذا حكمنا بالجناية كان له الميراث ويورث عنه نصيبه ، كما يورث عنه بدل نفسه وهو الغرة اه .

أقول : فقد جعلوه وارثا وموروثا ، وهو جنين قبل انفصاله ، ومعلوم أنه حين موت مورثه لم يكن مسلما فلم يوجد المانع حين استحقاقه الإرث ، وإنما وجد بعده فكان كمن أسلم بعد موت مورثه الكافر ، فلم يكن فى الحقيقة إرث مسلم من كافر بل هو إرث كافر من كافر . نعم يتصور عندنا إرث المسلم من الكافر فى مسألة المرتد (قوله والرابع اختلاف الدارين) اختلافهما باختلاف المنعة : أى العسكرى ، واختلاف الملك كأن يكون

(حقيقة) كحربى وذمى (أو حكما) كمستأمن وذمى وكحربيين من دارين مختلفين كتركى وهندى لانقطاع العصمة فيما بينهم بخلاف المسلمين قلت وبقى من الموانع جهالة تاريخ الموتى كالغرقى والحرقى والهدمى والقتلى كما سيجىء :
ومنها : جهالة الوارث وذلك فى خمس مسائل أو أكثر مبسوطة فى المجتبى منها أرضعت صبيا مع ولدها وماتت

أحد الملكين فى الهند وله دار ومنعة والآخر فى الترك ، وله دار ومنعة أخرى ، وانقطعت للعصمة فيما بينهم ، حتى يستحل كل منهم قتال الآخر فهاتان لداران مختلفتان ، فتنقطع باختلافهما الوراثة لأنها تبتنى على العصمة والولاية ، وأما إذا كان بينهما تناصر وتعاون على أعدائهما كانت الدار واحدة والوراثة ثابتة .

ثم اعلم أن الاختلاف إما حقيقة أو حكما كالحربى والذمى وكالحربيين فى دارين مختلفتين(١) بالمعنى السابق ، وإما حكما فقط كالمستأمن والذمى فى دارنا فإنها وإن كانت واحدة حقيقة إلا أنها مختلفة حكما لأن المستأمن من أهل دار الحرب حكما ، لتمكنه من الرجوع إليها ، وأما حقيقة فقط كمستأمن فى دارنا وحربى فى دارهم ، فإن الدار وإن اختلفت حقيقة لكن المستأمن من أهل الحرب حكما كما علمت ، فهما متحدان حكما وفى هذا الأخير يدفع مال المستأمن لوارثه الحربى لبقاء حكم الأمان فى ماله لحقه ، وإيصال ماله لورثته من حقه كما فى عامة الكتب فيمنع ذلك صرفه لبيت المال ، خلافا لما فى شرح السراجية لمصنفها كما نبه عليه فى الدر المنتقى ، وسكب الأنهر :

أقول : وبه علم أن المانع هو الاختلاف حكما سواء كان حقيقة أيضا أولا دون الاختلاف حقيقة فقط ، وهذا ما قال الزيلعى المؤثر هو الاختلاف حكما حتى لاتعتبر الحقيقة بدونه اه (قوله حقيقة) يعنى وحكما لما علمت (قوله كحربى وذمى) أى إذا مات الحربى فى دار الحرب ، وله وارث ذمى فى دارنا أو مات الذمى فى دارنا وله وارث فى دارهم لم يرث أحدهما من الآخر لتباين الدارين حقيقة وحكما وإن اتحدا ملة (قوله أو حكما) أى فقط (قوله وكحربيين الخ) كذا فى السراجية ، وفيه أنه من اختلاف الدار حقيقة وحكما كما قدمناه ، إلا أن يحمل على أنهما من دارين مختلفين حقيقة ، لكنهما مستأمنان فى دارنا فهما فى دار واحدة حقيقة ، وفى دارين مختلفتين حكما ويؤيده أنه قال من دارين لا فى دارين ، وإن كان الأولى أن يقول المستأمنين بدل الحربيين وكأنه ترك هذا الأولى إشارة إلى أنه يمكن جعله مثالا للاختلافين أفاده السيد وتمامه فيه (قوله بخلاف المسلمين) محترز قوله فيما بين الكفار : أى اختلاف الدار لايؤثر فى حق المسلمين كما فى عامة الشروح حتى أن المسلم التاجر أو الأسير لو مات فى دار الحرب ورث منه ورثته الذين فى دار الإسلام ، كما فى سكب الأنهر :

قال فى شرح السراجية لابن الحنبلى : وأما قول العتابى أن من أسلم ولم يهاجر إلينا لايرث من المسلم الأصلى فى دارنا ولا المسلم الأصلى ممن أسلم ، ولم يهاجر إلينا سواء كان فى دار الحرب مستأمنا أو لم يكن فمدفوع بقول بعض علمائنا يخايل لى أن هذا كان فى ابتداء الإسلام ، حين كانت الهجرة فريضة ألا ترى أن الله تعالى نفى الولاية بين من هاجر ، ومن لم يهاجر فقال ، ـ والذين آمنوا ولم يهاجروا مالكم من ولايتهم من شىء حتى يهاجروا ـ فلما كانت الولاية بينهما منتفية كان الميراث منتفيا ، لأن الميراث على الولاية فأما اليوم فينبغى أن يرث أحدهما من الآخر ، لأن حكم الهجرة قد نسخ بقوله صلى الله عليه وسلم « لاهجرة بعد الفتح » اه (قوله كما سيجىء) أى فى فصل الحرقى والغرقى (قوله فى خمس مسائل أو أكثر) زاد قوله أو أكثر تبعا للمجتبى إشارة إلى أن عدها

---

(١) (قوله مختلفتين) لاحظ أولا أن الدار مؤنث فأنث نعتها فى قوله دارين مختلفتين وأما تذكير النعت فى العبارة الآتية فهو من كلام السيد ومثله عبارة الشارح لكن ليس نظرا لمجازية التأنيث بل نظرا للمراد أو هو المنزل كما نبه على مثله فى خاتمة المصباح فليفهم بالدقة قاله نصر الهورينى .

وجهل ولدها فلا توارث ، وكذا لو اشتبه ولد مسلم من ولد نصرانى عند الظئر وكبرا فهما مسلمان ولا يرثان من أبويهما زاد فى المنية إلا أن يصطلحا فلهما أن يأخذا الميراث بينهما ثم بين ذوى الفرض مقدما للزوجة لأنها أصل الولاد إذ منها تتولد الأولاد فقال (فيفرض للزوجة فصاعدا الثمن

خمسا لم يرد به الحصر لإمكان زيادة غيرها تأمل . وقد ذكر الشارح منها ثنتين والثالثة : رجل وضع ولده فى فناء المسجد ليلا ثم ندم صباحا فرجع لرفعه فإذا فيه ولدان ولا يعرف ولده من غيره ، ومات قبل الظهور لايرث واحد منهما ، ويوضع ماله فى بيت المال ونفقتهما على بيت المال ، ولا يرث أحدهما من صاحبه . والرابعة : حرة وأمة ولدت كل واحدة ولدا فى بيت مظلم ولا يعلم ولد الحرة من غيره لايرث واحد منهما ، ويسعى كل واحد منهما لمولى الأمة ، والخامسة : رجل له ابن من حرة وابن من أمة لإنسان أرضعتهما ظئر واحدة ، حتى كبرا ولا يعرف ولد الحرة من غيره فهما حران ويسعى كل واحد منهما فى نصف قيمته لمولى الأمة ولا يرثان منه (قوله فلا توارث) أى لايرثها واحد منهما (قوله من ولد) الأولى بولد (قوله إلا أن يصطلحا) أى الولدان فإن الميراث لايعدوهما ، فمن أخذ حصة وهو الوارث حقيقة فذلك من حظه ، ويعد ما أخذه الآخر هبة من المستحق ، والظاهر أنه راجع إلى المسألة السابقة أيضا اهـ ط .

أقول : بل إلى كل المسائل المارة وإن مامر من وضعه فى بيت المال محمول على ما إذا لم يصطلحا تأمل .

[تتمة] جملة الموانع حينئذ ستة وقد زاد بعضهم من الموانع النبوة لحديث الصحيحين « نحن معاشر الأنبياء لانورث ماتركنا صدقة » وفى الأشباه عن التتمة كل إنسان يرث ويورث إلا الأنبياء لايرثون ، ولا يورثون وماقيل من أنه عليه الصلاة والسلام ورث خديجة لم يصح وإنما وهبت مالها له فى صحتها اهـ .

قلت : لكن كلام ابن الكمال وسكب الأنهر يشعر بأنهم يرثون وتمامه فى الرحيق المختوم وزاد بعضهم الردة فالمرتد لايرث أحدا إجماعا ، وليس ذلك لاختلاف الدين لأنه لاملة له على ماعرف فى محله فالموانع حينئذ ثمانية ، وزاد بعضهم تاسعا وهو اللعان قال فى الدر المنتقى . وفى الحقيقة الموانع خمسة أربعة المتن والردة كما علم ذلك بالاستقراء الشرعى ، وما زاد عليها فتسميته مانعا مجاز لأن انتفاء الإرث معه ليس بوجود مانع بل لانتفاء الشرط أو السبب اهـ .

بيانه إن شرط الإرث وجود الوارث حيا عند موت المورث ، وذلك منتف فى جهالة تاريخ الموتى لعدم العلم بوجود الشرط ولا توارث مع الشك ، وكذا فى جهالة الوارث فإنها كموته حكما كما فى المفقود ، وأما ولد اللعان فإنه لايرث من أبيه وبالعكس لقطع نسبه ، فعدم الإرث فى الحقيقة لعدم السبب ، وهو نسبته إلى أبيه وأما النبوة فى كونها من انتفاء الشرط أو السبب كلام يعلم من شرحنا الرحيق المختوم ، والذى يظهر أن العلة فى عدم كونها من الموانع هى كون النبوة معنى قائما فى المورث والمانع هو مايمنع الإرث لمعنى قائم فى الوارث على ماقدمناه فى تعريفه .

[تكميل] عد الشافعية من الموانع الدور الحكمى وهو أن يلزم من التوريث عدمه كما لو مات عن أخ فأقر الأخ بابن للميت ، فيثبت نسبه ولا يرث عندهم ، لأنه لو ورث لحجب الأخ فلا يقبل إقراره ، فلا يثبت نسب الابن فلا يرث لأن إثبات ارثه يؤدى إلى نفيه فينتفى من أصله ، وهذا لم يذكره علمائنا لصحة إقرار المقر فى حق نفسه فقط فيرث الابن دونه كما حققته فى الرحيق المختوم مؤيدا بالنقل ومر تمامه فى باب إقرار المريض (قوله لأنها أصل الولاد) بكسر الواو مصدر ولد أى أصل ولادة الأصل والفروع فالكل أولادها غالبا ، لأنه قد تكون الولادة

مع ولد أو ولد ابن) وأما مع ولد البنت فيفرض لها الربع (وإن سفل والربع لها عند عدمهما) فللزوجات حالتان الربع بلا ولد والثمن مع الولد (والربع للزوج) فأكثر كما لو ادعى رجلان فأكثر نكاح ميتة وبرهنا ولم تكن فى بيت واحد منهما ولا دخل بها فإنهم يقسمون ميراث زوج واحد لعدم الأولوية (مع أحدهما) أى الولد أو ولد الإبن (والنصف له عند عدمهما) فللزوج حالتان النصف والربع (وللأب والجد) ثلاث أحوال الفرض المطلق وهو (السدس) وذلك (مع ولد أو ولد ابن) والتعصيب المطلق عند عدمهما والفرض والتعصيب مع البنت أو بنت الإبن .

قلت : وفى الأشباه الجد ، كالأب إلا فى ثلاثة عشر مسألة خمس فى الفرائض

بالتسرى ثم هى بهذا الاعتبار ، وإن كانت أما لكن صفة الزوجية سابقة على صفة الأمومة فلذا لم تقدم الأم تأمل (قوله مع ولد) أى للزوج الميت ذكرا أو أنثى ولو من غيرها (قوله وإن سفل) بفتح الفاء من السفول ضد العلو من باب نصر ، وبضمها من السفال بمعنى الدناءة من باب شرف ابن كمال والمراد الأول (قوله نكاح ميتة) أما لو كانت حية تهاتر البرهان : وهى لمن صدقته إذا لم تكن فى يد من كذبته ولم يكن دخل المكذب بها وإن أرخا فالسابق أحق ط (قوله وبرهنا) قال فى البحر فى باب دعوى الرجلين : لو برهنا على النكاح بعد موتها ، ولم يؤرخا أو أرخا واستوى تاريخهما يقضى به بينهما ، وعلى كل منهما نصف المهر ويرثان ميراث زوج واحد ، فإن جاءت بولد يثبت النسب منهما ، ويرث من كل منهما ميراث ابن كامل وهما يرثان من الابن ميراث أب واحد كذا فى الخلاصة وفى منية المفتى ولا يعتبر فيه الإقرار واليد اه ومثله فى جامع الفصولين (قوله ولم تكن فى بيت واحد منهما) هو معنى ما فى روح الشروح ، ولم تكن فى يد واحد منهما ومفهومه اعتبار اليد ، وهو خلاف ما قدمناه آنفا فتدبر (قوله والنصف له) أى للزوج وبقى ممن يستحق النصف أربعة كان ينبغى ذكرهم هنا كما فعل فى بقية الفروض ، وهم البنت وبنت الابن عند عدمها والأخت لأبوين والأخت لأب عند عدمها إذا انفردن عمن يعصبهن (قوله والجد) أى فهو كالأب عند عدمه إن لم يدخل فى نسبته إلى الميت أنثى وهو الجد الصحيح ، فإن تخلل فى نسبته إلى الميت أم كان فاسدا فلا يرث إلا على أنه من ذوى الأرحام ، لأن تخلل الأم فى النسبة يقطع النسب إذ النسب إلى الآباء زيلعى (قوله الفرض المطلق) أى عن ضميمة التعصيب إليه (قوله مع ولد أو ولد ابن) حيث قيد الفرض بالمطلق فكان ينبغى أن يقيد الولد بالذكر لأن الولد يشمل الأنثى ، لكن تركه لانفهامه مما بعده (قوله مع البنت أو بنت الابن) فإن له السدس فرضا وللبنت أو بنت الابن النصف والباقى له تعصيبا (قوله إلا فى ثلاثة عشر مسألة) الأصوب ما فى بعض النسخ : ثلاث عشرة بتذكير الثلاثة وتأنيث العشرة لتأنيث مسألة وإن كان لفظيا (قوله خمس فى الفرائض) الأولى أن أمه لا ترث معه ، وترث مع الجد .

الثانية أن الميت إذا ترك الأبوين وأحد الزوجين فلأمه ثلث ما يبقى بعد نصيب أحد الزوجين ، ولو كان مكان الأب جد فللأم ثلث جميع المال إلا عند أبى يوسف فإن لها ثلث الباقى أيضا .

الثالثة : أن بنى الأعيان والعلات كلهم يسقطون مع الأب إجماعا ويسقطون مع الجد عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لا عندهما .

الرابعة : أن أبا المعتق مع ابنه يأخذ سدس الولاء عند أبى يوسف وليس للجد ذلك ، بل الولاء كله للإبن ولا يأخذ الجد شيئا من الولاء عند سائر الأئمة .

الخامسة : لو ترك جد معتقه وأخاه ، قال أبو حنيفة : يختص الجد بالولاء وقالا الولاء بينهما ولو كان مكان

وباقيها فى غيرها وزاد ابن المصنف فى زواهره أخرى من الفصولين : ضمن الأب مهر صبيه فأدى رجع لو شرط

الجد أب فالميراث كله له اتفاقا قال فى المنح : وهذه مستفاد حكمها من حكم المسألة الثالثة اهـ (قوله وباقيها فى غيرها).

الأولى : لو أوصى لأقرباء فلان لايدخل الأب ويدخل الجد فى ظاهر الرواية .

الثانية : تجب صدقة فطر الولد على أبيه الغنى دون جده :

الثالثة : لو أعتق الأب جر ولاء ولده إلى مواليه دون الجد :

الرابعة : يصير الصغير مسلما بإسلام أبيه دون جده .

الخامسة : لو ترك أولادا صغارا وما لا فالولاية للأب فهو كوصى الميت بخلاف الجد :

السادسة : فى ولاية النكاح لو كان للصغير أخ وجد فعلى قول أبى يوسف يشتركان وعلى قول الإمام يختص الجد ولو كان مكانه أب اختص اتفاقا :

السابعة : إذا مات أبوه صار يتيما ولا يقوم الجد مقام الأب لإزالة اليتيم عنه :

الثامنة : لو مات وترك أولادا صغارا ، ولا مال له وله أم وجد أبو الأب ، فالنفقة عليهما أثلاثا الثلث على الأم ، والثلثان على الجد ولو كان كالأب كان كلها عليه اهـ ح :

أقول : وفى الخامسة نظر لما تقدم قبيل شهادة الأوصياء أن الولاية فى مال الصغير لأبيه ، ثم لوصى الأب ، ثم للجد ، ثم لوصيه ، ثم للقاضى ، ثم لوصيه فالجد يقوم مقام الأب عند عدم الأب ، ووصيه فلم يخالف الجد فيها الأب تأمل : والسادسة : يجرى فيها ماتقدم عن المنح ، وقوله فى الثامنة : وله أم وجد موافق لما فى بعض نسخ الأشباه ، وفى بعضها ولهم بضمير الجمع العائد إلى الصغار ، وهو الصواب لأن نفقة الصغير تجب على قريبه المحرم بقدر الإرث كما فى المتون أى بقدر إرث المحرم من الصغير لو مات فإذا كانت الأم هنا أم الصغار صح كون الثلث عليها والباقى على الجد ، لأنه قدر إرثها منهم ، أما لو كانت أم أبيهم الميت يكون عليها السدس ، لأنها جدة لهم وفرض الجدة السدس لا الثلث فلا يصح إرجاع الضمير إلى الميت ، بل يتعين إرجاعه إلى الصغار هذا ماظهر لى من فيض الفتاح العليم (قوله وزاد ابن المصنف الخ) أقول : يزاد أيضا أنه لاتجب نفقته على الجد المعسر ، وأنه لايصير مسلما بإسلام جده وإن الجد إذا أقر بنافلة وابنه حى لايثبت النسب بمجرد إقراره ذكر ذلك السيد فى شرح السراجية وزدت أخرى أيضا تقدمت قبيل فصل شهادة الأوصياء وهى مافى الخانية حيث قال فرق أبو حنيفة بين الوصى وأبى الميت ، فللوصى بيع التركة لقضاء الدين ، وأبو الميت له بيعها لقضاء الدين على الأولاد لا لقضاء الدين على الميت وهذه فائدة تحفظ من الخصاف ، وأما محمد فأقام الجد مقام الأب وبقول الخصاف يفتى اهـ .

وحاصله أن جد الصغير خالف الأب ووصى الأب فى هذه ثم رأيت صاحب الوهبانية ذكرها هنا ولله الحمد (قوله ضمن الأب مهر صبيه) على تقدير مضاف أى مهر زوجة صبيه : أى ابنه الصغير وما فى عامة النسخ من التعبير بصبيته بالتاء فتحريف (قوله رجع لو شرط) أى يرجع عليه فى ماله ولو لم يكن له مال حين العقد لو شرط الرجوع ، وأشهد أخذا مما فى جامع الفصولين أيضا نقد من ماله ثمن شئ شراه لولده ، ونوى الرجوع يرجع ديانة لاقضاء مالم يشهد ولو ثوبا أو طعاما وأشهد أنه يرجع فله أن يرجع لو له مال وإلا فلا لوجوبها عليه ولو قنا أو شيئا لايلزمه رجع ، وإن لم يكن له مال لو أشهد وإلا لا اهـ :

وإلا لا ولو وليا غيره أو وصيا رجع مطلقا انتهى فقوله او وليا غيره يعم الجد فيرجع كالوصى بخلاف الأب (وللأم) ثلاثة أحوال (السدس مع أحدهما أو مع اثنين من الأخوة أو) من (الأخوات) فصاعدا من أى جهة كانا ولو مختلطين والثلث عند عدمهم وثلث الباقى مع الأب وأحد الزوجين (و) السدس (للجدة مطلقا) كأم أم وأم أب (فصاعدا) يشتركن فيه (إذكن ثابتات) أى صحيحات كالمذكورتين فإن الفاسدة من ذوى الأرحام كما سيجيء (متحاذيات فى الدرجة لأن القربى تحجب البعدى) مطلقا كما سيجيء (و) السدس (لبنت الابن) فأكثر (مع البنت) الواحدة تكملة للثلثين (و) السدس (للأخت) لأب فأكثر (مع الأخت) الواحدة (لأبوين) تكملة للثلثين (و) السدس (للواحد من ولد الأم والثلث لاثنين فصاعدا من ولد الأم) ذكورهم كأناثهم (و) الثلث (للأم عند عدم من لها معه السدس) كما مر (ولها ثلث الباقى بعد فرض

قلت : والتزويج مما لايلزم الأب فيرجع إن أشهد وإن لم يكن للصغير مال (قوله وإلا لا) أى استحسانا للعرف جامع الفصولين (قوله رجع مطلقا) أى وإن لم يشرط لأن العادة لم تجر بتحمله المهر عن الصغير (قوله مع أحدهما) أى الولد وولد الإبن ذكرا أو أنثى (قوله من أى جهة كانا) أى سواء كان الإثنان فأكثر لأبوين أو لأب أو لأم (قوله ولو مختلطين) أى ذكورا وإناثا من جهة واحدة أو أكثر (قوله والثلث عند عدمهم) أى عدم الولد وولد الإبن والعدد من الأخوة والأخوات وعند عدم الأب مع أحد الزوجين فافهم (قوله وثلث الباقى الخ) تحته صورتان كما سيأتى قال ط : وإنما ذكر الشارح هاتين الحالتين يعنى الثلث وثلث الباقى مع ذكر المصنف لهما فيما سيأتى للإشارة إلى أن الأولى جمع حالات الأم متوالية (قوله مطلقا أى لأم) أو لأب كما مثل (قوله أى صحيحات) الجدة الصحيحة من ليس فى نسبتها إلى الميت جد فاسد : وهى ثلاثة أقسام المدلية بمحض الإناث كأم أم الأم أو بمحض الذكور كأم أبى الأب أو بمحض الإناث إلى محض الذكور كأم أم الأب بخلاف العكس كأم أبى الأم فإنها فاسدة (قوله مطلقا) أى سواء كانت القربى أو البعدى من جهة الأم أو الأب وسواء كانت القربى وارثة كأم الأب عند عدمه مع أم أم الأم أو محجوبة بالأب عند وجوده (قوله كما سيجيء) أى عند ذكر الحجب (قوله والسدس لبنت الإبن الخ) للبنات ستة أحوال ثلاثة تتحقق فى بنات الصلب ، وبنات الإبن وهى النصف للواحدة والثلثان للأكثر وإذا كان معهن ذكر عصبهن وثلاثة تنفرد بها بنات الإبن :

الأولى : ماذكره المصنف :

الثانية : يسقطن بالصلبيتين فأكثر إلا أن يكون معهن غلام ليس أعلى منهن فيعصبهن :

الثالثة : يسقطن بالإبن الصلبى وسيأتى بيانها (قوله والسدس للأخت لأب الخ) اعلم أن للأخوات لغير أم سبعة أحوال خمسة تتحقق فى الأخوات لأبوين ، والأخوات لأب : وهى الثلاثة المارة فى بنات الصلب :

والرابعة : أنهن يصرن عصبات مع البنات أو بنات الإبن .

والخامسة : أنهن يسقطن بالابن وابنه وبالأب اتفاقا وبالجد عند الإمام :

وثنتان تنفرد بهما الأخوات لأب : الأولى : ماذكره المصنف الثانية أنهن يسقطن مع الشقيقتين فأكثر إلا أن يكون معهن من يعصبهن وفى بعض نسخ السراجية ، ويسقطن بالأخت لأب وأم إذا صارت عصبة : أى إذا كانت مع البنات أو بنات الإبن قال السيد : لأنها حينئذ كالأخ فى كونها عصبة أقرب إلى الميت كما سيأتى (قوله والسدس للواحد من ولد الأم) أى للأخ أو الأخت لأم ولهم ثلاثة أحوال ذكر منها اثنتين والثالثة أنهم يسقطون بالفرع الوارث وبالأب والجد كما سيأتى (قوله عند عدم من لها معه السدس) أى أو ثلث الباقى (قوله بعد فرض

أحد الزوجين) كما قدمنا وذلك (فى زوجة وأبوين) وأم فلها حينئذ الربع (أو زوج وأبوين) وأم فلها حينئذ السدس ويسمى ثلثا تأدبا مع قوله تعالى – وورثه أبواه فلأمه الثلث – (والثلثان لكل اثنين فصاعدا ممن فرضه النصف) وهو خمسة البنت وبنت الإبن والأخت لأبوين والأخت لأب والزوج (إلا الزوج) لأنه لايتعدد ، والله تعالى أعلم .

فصل فى العصبات

العصبات النسبية ثلاثة عصبة بنفسه وعصبة بغيره وعصبة مع غيره (يحوز العصبة بنفسه وهو كل ذكر) فالأنثى لاتكن عصبة بنفسها بل بغيرها أو مع غيرها (لم يدخل فى نسبته إلى الميت أنثى) فإن دخلت لم يكن عصبة كولد الأم

أحد الزوجين) متعلق بالباقى أى ثلث ما يبقى بعض فرض الزوجة أو الزوج (قوله وأم) لفظ أم فى الموضعين زائد أفاده ح أى لأنها أحد الأبوين (قوله فلها حينئذ الربع) لأن للزوجة الربع ومخرجه من أربعة يبقى ثلاثة للأم ثلثها واحد ، وهو ربع الأربعة والأب الباقى (قوله فلها حينئذ السدس) لأنها تصح من ستة : للزوج النصف ثلاثة ، وللأم ثلث مايبقى ، وهو واحد وللأب الباقى (قوله تأدبا الخ) لأن المراد من قوله تعالى – فلأمه الثلث – ثلث ماورثه الأبوان سواء كان جميع المال أو بعضه للأدلة المذكورة فى المطولات فالثلث هنا وإن صار فى الحقيقة ربع جميع المال أو سدسه إلا أن الأدب التعبير به تبركا بلفظ القرآن وتباعدا عن إيهام المخالفة (قوله لأنه لايتعدد) الأولى إسقاطه لما قدمه من إمكان تعدده ، وقد يقال ليس ذاك تعددا لاحقيقة ، ولاصورة وإنما شرك بينهما دفعا للترجيح ، بلا مرجح ولذا لم يعطيا إلا نصيب زوج واحد وعليه فقول المصنف إلا الزوج تبعا للمجمع مستدرك تأمل والله تعالى أعلم .

فصل فى العصبات

قال فى المغرب : العصبة قرابة الرجل لأبيه وكأنها جمع عاصب ، وإن لم يسمع به من عصبوا به إذا أحاطوا حوله ثم سمى بها الواحد والجمع والمذكر والمؤنث للغلبة وقالوا فى مصدرها العصوبة ، والذكر يعصب المرأة أى يجعلها عصبة اه فالعصبات جمع الجمع كالجمالات أو جمع المفرد على جعل العصبة إسما تأمل (قوله وعصبة بغيره وعصبة مع غيره) سيأتى بيان الفرق بينهما (قوله فالأنثى لاتكون عصبة بنفسها الخ) أشار إلى أنه خرج بقوله : وهو كل ذكر العصبة بالغير ، والعصبة مع الغير فإنهما أناث فقط وأما المعتقة ، فهى وإن كانت عصبة بنفسها ، فهى ليست نسبية ، والمقصود العصبات النسبية كما أشار إليه أولا ، ولذلك خرج المعتق أيضا (قوله لم يدخل الخ) المراد عدم توسط الأنثى سواء توسط بينه وبين الميت ذكر كالجد وابن الإبن أولا كالأب والإبن الصلبى (قوله كولد الأم) أى الأخ لأم وأما الأخ لأب وأم ، فإنه عصبة بنفسه مع أن الأم داخلة فى نسبته . وأجيب بأن المراد من لاينتسب بالأنثى فقط ، وأجاب السيد بأن قرابة الأب أصل فى استحقاق العصوبة ، فإنها إذا انفردت كفت فى إثبات العصوبة ، بخلاف قرابة الأم ، فإنها لاتصلح بانفرادها علة لإثباتها فهى ملغات فى استحقاق العصوبة سكنا جعلناها بمنزلة وصف زائد فرجحنا بها الأخ لأب وأم على الأخ لأب اه .

أقول ، وهذا أولى من قول بعضهم أنه خرج بقوله فى نسبته حيث لم يقل فى قرابته فإن الأنثى داخلة فى قرابته لأخيه لا فى نسبته إليه ، لأن النسب للأب فلا يثبت بواسطة غيره اه .

فإنه ذو فرض وكأبي الأم وابن البنت فإنهما من ذوى الأرحام (ما أبقت الفرائض) أى جنسها (وعند الانفراد يحوز جميع المال) بجهة واحدة .

ثم العصبات بأنفسهم أربعة أصناف جزء الميت ثم أصله ثم جزء أبيه ثم جزء جده (ويقدم الأقرب فالأقرب منهم) بهذا الترتيب فيقدم جزء الميت (كالابن ثم ابنه وإن سفل ثم أصله الأب ويكون مع البنت) بأكثر (عصبة وذا سهم) كما مر (ثم الجد الصحيح) وهو أبو الأب (وإن علا) وأما أبو الأم ففاسد من ذوى الأرحام (ثم جزء أبيه الأخ) لأبوين (ثم) لأب ثم (ابنه) لأبوين ثم لأب (وإن سفل) تأخير الأخوة عن الجد وإن علا قول أبي حنيفة وهو المختار للفتوى خلافا لهما وللشافعي :

فإنه يرد عليه أن المعتبر هنا النسبة إلى الميت لا إلى الأب ، فالمراد بها القرابة لا النسب الشرعي ، وإلا لزم أن لاتكون العصبة إلا إذا كان الميت أبا أو جدا فيخرج الأخ والعم ونحوهما فافهم . ثم رأيت العلامة يعقوب قد زيف هذا الجواب وأخرجه عن دائرة الصواب بنحو ماقلناه والحمد لله .

وبالجملة فتعريف العصبة لايخلو عن كلام ولو بعد تحرير المراد فإنه لايدفع الإيراد ، ولذا قال ابن الهائم في منظومته :

وليس يخلو حده عن نقد فينبغي تعريفه بالعد

وأيضا فتخصيصه بالعصبة النسبية لاداعي له ، وقد عرفه العلامة قاسم في شرح فرائض المجمع بقوله هو ذكر نسيب أدلى إلى الميت بنفسه أو بمحض الذكور أو معتق فقوله أو معتق بالرفع عطفا على ذكر ، واو حذف محض لكان أولى ليدخل الأخ الشقيق وبعد هذا ففيه نظر فتدبر (قوله فإنه ذو فرض) أى فقط وإلا فلا يلزم من كون وارث ذا فرض أن لايكون عصبة فإن كلا من الأب والجد ذو فرض ويصير عصبة (قوله أى جنسها) أى قال للجنس فتبطل معنى الجمعية ، فيشمل ما إذا كان هناك فرض واحد وحاز الباقي بعد إعطائه لمستحقه ط (قوله بجهة واحدة) قال في المنح : قيدنا به حتى لايرد أن صاحب الفرض إذا خلا عن العصوبة قد يحرز جميع المال لأن استحقاقه لبعضه بالفرضية والباقي بالرد (قوله جزء الميت الخ) المراد في الجميع الذكور كما هو الموضوع (قوله ثم جزء جده) أراد بالجد مايشمل أبا الأب ، ومن فوقه بدليل قوله الآتي ، وإن علا فلا يرد أن عم الأب وعم الجد في كلامه الآتي خارجان عن الأصناف الأربعة (قوله ويقدم الأقرب فالأقرب الخ) أى الأقرب جهة ثم الأقرب درجة ثم الأقوى قرابة فاعتبار الترجيح أولا بالجهة عند الاجتماع ، فيقدم جزؤه كالإبن وابنه على أصله كالأب وأبيه ويقدم أصله على جزء أبيه كالأخوة لغير أم وأبنائهم ، ويقدم جزء أبيه على جزء جده كالأعمام لغير أم وأبنائهم وبعد الترجيح بالجهة إذا تعدد أهل تلك الجهة اعتبر الترجيح بالقرابة ، فيقدم الإبن على إبنه والأب على أبيه والأخ على إبنه لقرب الدرجة ، وبعد اتحاد الجهة والقرابة يعتبر الترجيح بالقوة ، فيقدم الأخ الشقيق على الأخ لأب وكذا أبناؤهم ، وكل ذلك مستفاد من كلام المصنف ، وصرح به العلامة الجعبري حيث قال :

فبالجهة التقديم ثم بقربه وبعدهما التقديم بالقوة اجعلا

(قوله ويكون الخ) الأولى ذكر هذا عند ذكر الأب فيما تقدم كما فعله الشارح ط (قوله ثم الجد الصحيح) هو من لم يدخل في نسبته إلى الميت أنثى (قوله وهو أب الأب) الأولى رسم أبو بالواو بناء على اللغة المشهورة من إعرابه بالحروف (قوله ثم لأب) أى ثم الأخ لأب أما الأخ لأم فذو فرض فقط كما مر (قوله لأبوين) متعلق

قيل وعليه الفتوى (ثم جزء جده العم) لأبوين ثم لأب ثم ابنه لأبوين ثم لأب (وإن سفل ثم عم الأب ثم ابنه) ثم عم الجد ثم ابنه) كذلك وإن سفلا فأسبابها أربعة : بنوة ثم أبوة ثم أخوة ثم عمومة (و) بعد ترجيحهم بقرب الدرجة (يرجحون) عند التفاوت بأبوين وأب كما مر (بقوة القرابة فمن كان لأبوين) من العصبات ولو أنثى كالشقيقة مع البنت تقدم على الأخ لأب (مقدم على من كان لأب) لقوله صلى الله عليه وسلم « إن أعيان بنى الأم يتوارثون دون بنى العلات » .

والحاصل : أنه عند الاستواء فى الدرجة يقدم ذو القرابتين وعند التفاوت فيها يقدم الأعلى ثم شرع فى العصبة بغيره فقال (ويصير عصبة بغيره البنات بالإبن وبنات الإبن بابن الإبن) وإن سفلوا (والأخوات) لأبوين أو لأب (بأخيهن) فهن أربع ذوات النصف والثلثين يصرن عصبة بإخوتهن ،

بمحذوف حال من الضمير (قوله قيل وعليه الفتوى) قاله صاحب السراجية فى شرحه عليها كما سيأتى وقد أشار إلى أن المعتمد الأول وهو مذهب الصديق رضى الله عنه (قوله كذلك) أى لأبوين ثم لأب وهو فى موضع الحال من عم الأب وعم الجد (قوله وإن سفلا) أى ابن عم الأب وابن عم الجد (قوله فأسبابها) أى العصوبة (قوله وبعد ترجيحهم الخ) أى ترجيح أهل كل صنف من الأصناف الأربعة بقرب الدرجة كترجيح الأخوة مثلا على أبنائهم يرجح بقوة القرابة إذا تفاوتوا فيها كالأخ الشقيق مع الأخ لأب كما مر (قوله بأبوين وأب) متعلق بالتفاوت وقوله كما مر حال منه ، وقوله بقوة القرابة متعلق بيرجحون (قوله كالشقيقة الخ) فيه أن الكلام فى العصبة بالنفس وهذه عصبة مع الغير لكن قال السيد : إنما ذكرها هنا وإن لم تكن عصبة بنفسها لمشاركتها فى الحكم لمن هو عصبة بنفسه (قوله إن أعيان بنى الأم الخ) تمام الحديث يرث الرجل أخاه لأبيه وأمه دون أخيه لأبيه رواه الترمذى وابن ماجه اه قاسم .

وسيذكر الشارح أن بنى الأعيان الإخوة لأب وأم سموا بذلك لأنهم من عين واحدة أى أب وأم واحدة وإن بنى العلات الأخوة لأب سموا بذلك لأن الزوج قد عل من زوجته الثانية ، والعلل الشرب الثانى يقال عله إذا سقاه السقية الثانية ، وأما الإخوة لأم فهو بنو الأخياف كما سيأتى .

والظاهر أن المراد ببنى الأم فى الحديث مايشمل الأخوة لأب وأم والأخوة لأم فقط ، وأن المراد بأعيانهم القسم الأول يدل عليه قوله فى المغرب أعيان القوم أشرافهم ومنه قولهم للإخوة لأب وأم بنو الأعيان ومنه حديث « أعيان بنى أم يتوارثون » اه . وقال السيد: والمقصود بذكر الأم ههنا إظهار مايترجح به بنو الأعيان على بنى العلات اه أى لأنهم زادوا عليهم بقرابة الأم ولذا كانوا أعيانا (قوله البنات) اسم يصير مؤخر وخبره قوله عصبة بغيره وقوله بالابن قيد به لأنهن عند عدمه صاحبات فرض دائما وابن الابن لايعصب ذات فرض (قوله وإن سفلوا) أى بنات الابن وابن الابن (قوله بأخيهن) أى المساوى لهن قرابة درر البحار قال الطورى : وفى كشف الغوامض ولا يعصب الشقيقة الأخ لأب إجماعا لأنها أقوى منه فى النسب بل تأخذ فرضها ولا يعصب الأخت لأب أخ شقيق بل يحجبها لأنه أقوى منها إجماعا اه وفى منظومة المصنف المسماة تحفة القرآن :

ولا ترث أخت له من الأب   مع صنوه الشقيق فاحفظ تصب

وذكر فى شرحها عن الجواهر أن بعضهم ظن أن للأخت النصف وهذا ليس بشىء اه (قوله ذوات النصف والثلثين) خبر بعد خبر أو بدل من أربع أى من لهن النصف إذا انفردن والثلثان إذا تعددن ، وهن البنت وبنت الابن والأخت لأبوين أو لأب قيل : كان الواجب أن تذكر الأم مع الأب فإنه يعصبها إذا كانا مع أحد الزوجين

ولو حكما كابن ابن يعصب من مثله أو فوقه ه

ثم شرع فى العصبة مع غيره فقال (ومع غيره الأخوات مع البنات) أو بنات الإبن لقول الفرضيين اجعلوا الأخوات مع البنات عصبة والمراد من الجمعين هنا الجنس (وعصبة ولد الزنا و) ولد (الملاعنة مولى الأم) المراد بالمولى مايعم المعتق والعصبة ليعم مالوكانت الأم حرة الأصل كما بسطه العلامة قاسم

كمامر. وأجيب: بأن أخذها الثلث الباقى بطريق الفرض لاالتعصيب وأشار إلى مافى السراجية وشرحها من أن من لافرض لها من الإناث وأخوها عصبة لاتصير عصبة بأخيها كالعم والعمة إذا كانا لأب وأم أو لأب وكان المال كله للعم دون العمة وكذا فى ابن العم مع بنت العم وفى ابن الأخ مع بنت الأخ ونظمت ذلك بقولى:

ولم يعصب غير ذات سهم أخ كمثل عمة وعم

(قوله ولو حكما) تعميم للأخ بالنظر إلى بنت الابن فإن عصوبتها لم تختص بأخيها فقط فإنها تصير عصبة به وبابن عمها، وبمن هو أسفل منها إذا لم تكن ذات فرض كما سيأتى بيانه (قوله الأخوات مع البنات) أى الأخوات لأبوين أو لأب، أما الأخت لأم فلا يعصبها أخوها، وهو ذكر فعدم كونها عصبة مع الغير أولى (قوله لقول الفرضيين الخ) جعله فى السراجية وغيرها حديثا قال فى سكب الأنهر: ولم أقف على من خرجه، لكن أصله ثابت بخبر ابن مسعود رضى الله عنه وهو مارواه البخارى وغيره فى بنت وبنت ابن وأخت للبنت النصف، ولبنت الابن السدس، وما بقى فللأخت وجعله ابن الهائم فى فصوله من قول الفرضيين وتبعه شراحها كالقاضى زكريا وسبط الماردينى وغيرهما اه ه

[تنبيه] الفرق بين هاتين العصبتين أن الغير فى العصبة بغيره، يكون عصبة بنفسه فتتعدى بسببه العصوبة إلى الأنثى وفى العصبة مع غيره، لاتكون عصبة أصلا، بل تكون عصوبة تلك العصبة مجامعة لذلك الغير سيد، وفيه إشارة إلى وجه اختصاص الأول بالباء والثانى بمع: قال فى سكب الأنهر: الباء للإلصاق والإلصاق بين الملصق والملصق به لايتحقق إلا عند مشاركهما فى حكم الملصق به، فيكونان مشاركين فى حكم العصوبة، بخلاف كلمة مع فإنها للقران والقران يتحقق بين الشخصين بغير المشاركة فى الحكم كقوله تعلى - وجعلنا معه أخاه هرون وزيرا - أى وزيره حيث كان مقارنا به فى النبوة وكلفظ القدورى، ومن فاتته صلاة العيد مع الإمام: أى فاتته الصلاة المقارنة بصلاة الإمام لا أن تفوتهما معا فتكون هى عصبة دون ذلك الغير، وقال بديع الدين فى شرح السراجية: الفرق أن مع قد تستعار للشرط والباء للسبب اه (قوله كما بسطه العلامة قاسم) أى فى تصحيح القدورى نقلا عن الجواهر، حيث قال إن كانت الملاعنة حرة الأصل فالميراث لمواليهما، وهم أخوتهما وسائر عصبة أمهما، وإن كانت معتقة فالميراث لمعتقها ونحوه ابن المعتق وأخوه وأبوه فقوله: لمواليهما يتناول المعتق وغيره وهو عصبة أمهما اه ونحوه فى الجوهرة:

أقول: وهذا مخالف لما ذكره شراح الكنز وغيرهم قال الزيلعى: ولا يتصور أن يرث هو أو يورث بالعصوبة إلا بالولاء أو الولاد فيرثه من أعتقه أو أعتق أمه أو من ولده بالعصوبة وكذا هو يرث معتقه أو معتق معتقه أو ولده بذلك اه فهو صريح فى أنه إذا كان هو أو أمه حر الأصل، فلا يرث أو يورث بالعصوبة إلا إذا كان له ولد أى ابن أو ابن ابن، وقال فى معراج الدراية: ثم لاقرابة له من قبل أبيه، ولو قرابة من جهة أمه، فلا تكون عصبة أمه عصبته، ولا أمه عصبة له عند الجمهور وعن ابن مسعود أن عصبة أمه عصبته، وعنه فى رواية أخرى: أن أمه عصبته لما روى واثلة بن الأسقع عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال «تحرز المرأة

لأنه لا أبا لهما ويفترقان فى مسألة واحدة: وهى أن ولد الزنا يرث من توأمه ميراث أخ لأم وولد الملاعنة يرث من توأمه ميراث أخ لأبوين (وتختم العصبات ب)العصبة السببية أى (المعتق ثم عصبته) بنفسه على الترتيب المتقدم

ثلاث مواريث عتيقها ولقيطها وولدها الذى لاعنت عليه » وقلنا الميراث إنما يثبت بالنص ولا نص فى توريث الأم أكثر من الثلث ، ولا فى توريث أخ من أم أكثر من السدس ، ولا فى توريث أبى الأم ونحوه من عصبة الأم ، ولأن العصوبة أقوى أسباب الإرث والإدلاء بالأم أضعف، فلا يجوز أن يستحق به أقوى أسباب الإرث وفى الحديث بيان أنها تحرز والإحراز لايدل على العصوبة ، فإنه يجوز أن تحرز فرضا وردا لاتعصيبا . وأما حديث «عصبته قوم أمه» فمعناه فى الاستحقاق بمعنى العصوبة : وهى الرحم لا فى إثبات حقيقة العصوبة اه ملخصا.

وقال فى المجتبى شرح القدورى قوله : وعصبة ولد الزنا وولد الملاعنة مولى أمهما : معناه والله أعلم : أن الأم ليست بعصبة له ولا عصبة الأم كما ذهب إليه ابن مسعود رضى الله عنه ، إنما عصبته مولى الأم إذا كان لها مولى وما ذهب إليه أصحابنا مذهب على وزيد بن ثابت رضى الله عنهما ووجهه أن الأم لما لم تكن عصبة فى حق غير ولد الزانية والملاعنة ، فكذا فى حقه كذوى الأرحام اه (قوله لأنه لا أبا لهما) تعليل للمتن وزاد فى الاختيار مانصه والنبى صلى الله عليه وسلم ألحق ولد الملاعنة بأمه فصار كشخص لاقرابة له من جهة الأب ، فوجب أن يرثه قرابة أمه ويرثهم ، فلو ترك بنتا وأما والملاعن ، فللبنت النصف وللأم السدس والباقى يرد عليهما كأن لم يكن له أب وهكذا لو كان معهما زوج أو زوجة فإنه يأخذ فرضه والباقى بينهما فرضا وردا ، ولو ترك أمه وأخاه لأمه وابن الملاعن فلأمه الثلث ولأخيه لأمه السدس والباقى مردود عليهما ، ولا شىء لابن الملاعن لأنه لا أخا له من جهة الأب وإذا مات ولد ابن الملاعنة ورثه قوم أبيه ، وهم الأخوة ولا يرثه قوم جده أعنى الأعمام وأولادهم وبهذا يعرف بقية مسائله اه ومثله فى المنح :

أقول : وهذا مؤيد لما قدمناه حيث جعل لأمه الثلث ، ولأخيه لأمه السدس مع أن أخاه عصبة الأم ، فلو كان عصبة أمه الحرة عصبة له لأخذ الباقى بعد فرض الأم (قوله ويفترقان الخ) كذا قاله فى الاختيار وتبعه فى المنح وسكب الأنهر وغيرهما .

أقول : وهو خلاف ماجزم به الشارح فى آخر باب اللعان حيث ذكر أن ولد الملاعنة يرث من توأمه ميراث أخ لأم أيضا ، ومثله فى البحر عن شهادات الجامع ، وقال فى معراج الدراية : ولد الملاعنة إذا كان توأما فعندنا وعند الشافعى وأحمد ، والجمهور هما كالأخوين لأم وقال مالك : كالأخوين لأبوين ثم ذكر الدليل والتفاريع فراجعه وهذا صريح فى أن ماذكره الشارح هنا مذهب مالك تأمل (قوله وتختم العصبات الخ) أى ختما إضافيا وإلا فالختم فى الحقيقة بعصبة المعتق ، ثم إن هذا بيان للقسم الثانى ، وهو العصبة السببية ، ولا يخفى أن المعتق عصبة بنفسه لا بغيره ، ولا مع غيره لكن ربما يتوهم بناء على أنه عصبة بنفسه تقدمه على العصبة بغيره أو مع غيره من النسب، فأشار بهذه العبارة إلى تأخره عن أقسام العصابات النسبية بأسرها لأن النسبى أقوى من السببى ، فلذا غير الأسلوب وإلا فالظاهر المناسب لما سبق أن يقول والعصبة السببية مولى العتاقة أفاده يعقوب (قوله أى المعتق) الأولى مولى العتاقة كما أوضحناه فيما مر (قوله ثم عصبته بنفسه الخ) أفاد أن عصبة عصبة المعتق لاترث كما بيناه سابقا ، واحترز بالعصبة عن أصحاب فروض المعتق كبنته وأمه وأخته فلا يرثون لأنه لامدخل للفرض فى الولاء ، وقيد العصبة بنفسه احترازا عن العصبة بغيره ، ومع غيره كما سيأتى ، وقدمنا أن من شرائط ثبوت الولاء أن لاتكون الأم حرة الأصل ، فإن كانت فلا ولاء لأحد على ولدها وإن كان الأب معتقا (قوله على الترتيب المتقدم) فتقدم عصبة المعتق النسبية بنفسها على عصبته السببية أعنى معتق المعتق ، ومعتقه وهكذا فيقدم

بقوله صلى الله عليه وسلم « الولاء لحمة كلحمة النسب » (وإذا ترك) المعتق (أب مولاه وابن مولاه فالكل للإبن) وقال أبو يوسف للأب السدس (أو) ترك (جده) أى جد مولاه (وأخاه فهو للجد) على الترتيب المتقدم (وقالا بينهما) كالميراث وليس هنا عصبة بغيره ولا مع لقوله صلى الله عليه وسلم « ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن » الحديث

ابن المعتق ثم ابنه ، وإن سفل ، ثم أبوه ثم جده ، وإن علا الخ ثم معتق المعتق ثم عصبته على الترتيب المذكور ، ثم معتق معتق المعتق ثم عصبته وهكذا ابن كمال .

[تنبيه] ابن وبنت اشتريا أباهما فاشترى الأب عبدا وأعتقه فمات بعد موت الأب عن الإبن والبنت فالكل للإبن لأن عصبة المعتق النسبية مقدمة على البنت لأنها عصبة سببية سائحانى ، وكذا لو اشترت أباها فعتق عليها ومات عنها وعن بنت أخرى وترك مالا فثلثاه لهما فرضا والباقى للأولى تعصيبا (قوله الولاء لحمة) أى وصلة كلحمةالنسب » أخرجه ابن جرير فى التهذيب من حديث عبد الله ابن أبى أوفى بسند صحيح ، وصححه ابن أبى حاتم من حديث ابن عمر قال السيد : ومعنى ذلك أن الحرية حياة للإنسان إذ بها تثبت صفة المالكية التى امتاز بها عن سائر ما عداه من الحيوانات والجمادات والرقية تلف وهلاك فالمعتق سبب لإحياء المعتق ، كما أن الأب سبب لإيجاد الولد وكما أن الولد منسوب إلى أبيه بالنسب ، وإلى أقربائه بتبعيته ، كذلك المعتق ينسب بالولاء يعنى إلى المعتق ، وإلى أقربائه بتبعيته فكما يثبت الإرث بالنسب كذلك يثبت بالولاء اه .

وفيه تنبيه على أن هذا الحديث إنما يدل على مجرد أن من له الولاء من مولى العتاقة أو عصبته فهو وارث دون أمر زائد عليه من كون الإرث من الجانبين كما فى النسب نحو إرث الأب ابنه ، وبالعكس أو من أحدهما ويشعر بأن من له الولاء عصبة لتضمنه تشبيهه بالأب من حيث هو أب ولا يدل على أنه آخر العصبات وتمامه فى شرح ابن الحنبلى ، فالأولى زيادة ماذكره العلامة قاسم من قوله صلى الله عليه وسلم « الميراث للعصبة فإن لم تكن عصبة فللمولى» رواه سعيد بن منصور من حديث الحسن (قوله وإذا ترك المعتق) بفتح تاء المعتق اسم مفعول (قوله وقال أبو يوسف للأب السدس) هو قوله الأخير ، وقوله الأول كقولهما وجه قوله الأخير أن الولاء كله أثر الملك فيلحق بحقيقة الملك ، ولو ترك المعتق بالكسر مالا وترك أبا وابنا كان لأبيه سدس ماله والباقى لابنه ، فكذا إذا ترك ولاء والجواب أنه وإن كان أثرا للملك لكنه ليس بمال ولا له حكم المال كالقصاص الذى يجوز الاعتياض عنه بالمال ، بخلاف الولاء فلا تجرى فيه سهام الورثة بالفرضية كما فى المال ، بل هو سبب يورث به بطريق العصوبة ، فيعتبر الأقرب فالأقرب والابن أقرب العصبات ، وتمامه فى شرح السيد (قوله على الترتيب المتقدم) أى بناء على الترتيب المتقدم فى العصبات النسبية (قوله وليس هنا الخ) محترز قوله بنفسه .

مطلب فى الكلام على حديث « ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن »

(قوله الحديث) لفظه كما فى السراجية « ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن أو دبرن أو دبر من دبرن أو جر ولاء معتقهن أو معتق معتقهن » ومعناه : ليس للنساء من الولاء شىء إلا ولاء ما أى العبد الذى أعتقنه ، أو ولاء ما أى العبد الذى أعتقه من أعتقنه ، أو ولاء ما أى العبد الذى كاتبنه ، أو ولاء ما كاتب من كاتبنه أو ولاء مادبرنه أو ولاء مادبره من دبرنه أو جر ولاء معتقهن ، أو الولاء الذى هو مجرور معتق معتقهن وحذف من كل نظير ما أثبته من الآخر : أى ليس لهن من الولاء إلا ولاء ما أعتقن ،

وهو وإن كان فيه شذوذ لكنه تأيد بكلام كبار الصحابة فصار بمنزلة المشهور كما بسطه السيد وأقره المصنف .
ثم شرع فى الحجب فقال (ولا يحرم ستة) من الورثة (بحال) البتة (الأب والأم والإبن والبنت)

أو ولاء من أعتقن أو كاتب أو دبر من أعتقن ، أو ولاء ماكاتبن أو ولاء ما كاتب أو أعتق أو دبر من كاتبن أو ولاء مادبرنه ، أو ولاء مادبر أو أعتق أو كاتب من دبرنه ، فكلمة ما المذكورة والمقدرة عبارة عن مرقوق يتعلق به الإعتاق ، فإنه بمنزلة سائر مايتملك مما لاعقل له كما فى قوله تعالى — أو ما ملكت أيمانهم — وكلمة من عبارة عمن صار حرا مالكا فاستحق أن يعبر عنه بلفظ العقلاء ، فعبر عن الأول بما وعن الثانى بمن وإن كانا حرين ، لأن الأول متصرف فيه كسائر الأموال والثانى متصرف كسائر الملاك ، وقوله : أو جر عطف على المستثنى المحذوف ، وهو ولاء وولاء المذكور مفعوله ومعتقهن فاعله وهو على تقدير أن والمصدر المنسبك بمعنى اسم المفعول كما فى قوله تعالى — وما كان هذا القرآن أن يفترى — أى مفترى أو على تقدير موصوف حذف ، وأقيمت صفته مقامه ووضع المظهر موضع المضمر ، والتقدير ليس للنساء من الولاء إلا كذا وإلا أن جر أى مجرور معتقهن ، أو الولاء جره معتقهن ، وثم أوجه أخر لا تظهر وصورة ولاء مدبرهن : إن امرأة دبرت عبدا ثم ارتدت ، ولحقت بدار الحرب وحكم بلحاقها وبحرية عبدها المدبر ثم أسلمت ورجعت إلى دار الإسلام ، ثم مات المدبر ولم يخلف عصبة نسبية ، فهذه المرأة عصبته وحكم مدبر هذا المدبر كذلك ، فإذا حكم القاضى بحرية مدبرها بسبب لحاقها .فاشترى عبدا ودبره ،ثم مات ورجعت المرأة تائبة إلى دار الإسلام إما قبل موت مدبرها أو بعده ،ثم مات المدبر الثانى ولم يخلف عصبة نسبية فولاؤه لهذه المرأة وقدمنا فى كتاب الولاء فى تصويره وجها آخر

وصورة جره معتقهن الولاء أن عبد امرأة تزوج بإذنها جارية قد أعتقها مولاها فولد بينهما ولد فهو حر تبعا لأمه وولاؤه لمولى أمه ، فإذا أعتقت تلك المرأة عبدها جر ذلك العبد بإعتاقها إياه ولاء ولده إلى مولاته ، حتى إذا مات المعتق ثم مات ولده وخلف معتقه أبيه فولاؤه لها .

وصورة جر معتق معتقهن الولاء أن امرأة أعتقت عبدا ، فاشترى العبد المعتق عبدا وزوجه بمعتقة غيره فولد بينهما ولد فهو حر ، وولاؤه لمولى أمه فإذا أعتق ذلك العبد المعتق عبده جر بإعتاقه ولاء ولد معتقه إلى نفسه ثم إلى مولاته هذا حاصل ماذكروه فى هذا المحل وتمام الكلام على ذلك وشروط الجر يطلب من كتاب الولاء فراجعه (قوله وهو وإن كان فيه شذوذ الخ) الشاذ هو أن يروى الثقة حديثا يخالف ماروى الناس ، فإذا انفرد الراوى بشىء نظر فيه فإن كان مخالفا لما رواه من هو أولى منه بالحفظ لذلك وأضبط كان ما انفرد به شاذا مردودا ، وإن لم يكن له مخالف فإن كان ممن يوثق بحفظه وإتقانه فمقبول لايقدح فيه انفراده ، وإن لم يكن ممن يوثق بحفظه وإتقانه لذلك الذى انفرد به فإن لم يبعد من درجة الحافظ الضابط المقبول تفرده ، فحديثه حسن وإلا فشاذ مردود هذا ما اختاره ابن الصلاح فى تعريفه (قوله لكنه تأيد الخ) فقد روى عن عمر وعلى وزيد بن ثابت رضى الله عنهم أنهم كانوا لايورثون النساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن ،أو كاتبن رواه ابن أبى شيبة وعبد الرزاق والدارمى والبيهقى ، وذكره رزين بن العبدى فى مسنده بلفظ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « ميراث الولاء للأكبر من الذكور ولا يرث النساء من الولاء إلا ولاء من أعتقن أو أعتق من أعتقن » اه قاسم (قوله فصار بمنزلة المشهور) الحديث المشهور هو الذى يكون فى القرن الأول آحادا ، ثم انتشر فصار فى القرن الثانى ومن بعدهم متواترا ولما كان القرن الأول وهم الصحابه ثقات لايتهمون صارت شهادتهم بمنزلة المتواتر حجة ، حتى قال الجصاص أنه أحد قسمي المتواتر يعقوب (قوله ثم شرع فى الحجب الخ) أي بعد بيان

أى الأبوان والولدان (والزوجان) وفريق يرثون بحال ، ويحجبون حجب الحرمان بحال أخرى وهم غير هؤلاء الستة سواء كانوا عصبات أو ذوى فروض وهو مبنى على أصلين أحدهما (أنه يحجب الأقرب ممن سواهم الأبعد) لما مر أنه يقدم الأقرب فالأقرب اتحدا فى السبب أم لا (و) الثانى (أن من أدلى بشخص لايرث معه) كابن الابن لايرث مع الابن (إلا ولد الأم) فيرث معها لعدم استغراقها للتركة بجهة واحدة (والمحروم) كابن كافر أو قاتل (لايحجب) عندنا أصلا (ويحجب المحجوب) اتفاقا كأم الأب تحجب بالأب وتحجب أم

الوارثين من ذى فرض وعصبة ، لأن منهم من يحجب بالكلية أو عن سهم مقدر إلى أقل منه ، وهو لغة المنع مطلقا واصطلاحا منع من يتأهل للإرث بآخر عما كان له الولاء فخرج القاتل والكافر وشمل نوعى الحجب ، لأن أئمتنا اصطلحوا على تسمية ما كان المنع لمعنى فى نفسه ككونه رقيقا أو قاتلا محروما ، وماكان المعنى فى غيره محجوبا ، وقسموا الحجب إلى حجب حرمان ، وهو منع شخص معين عن الإرث بالكلية ، لوجود شخص آخر وحجب نقصان ، وهو حجبه من فرض مقدر إلى فرض أقل منه لوجود آخر فخرج انتقاص السهام بالعول ، وكذا انتقاص حصص أصحاب الفرائض بالاجتماع مع من يجانسهم عن حالة الانفراد كالزوجات مثلا ، ثم حجب الحرمان يدخل فيمن عد الستة المذكورين متنا وحجب النقصان يدخل فى خمسة فقط كما سيذكره الشارح (قوله أى الأبوان) أى الأب والأم دون من فوقهما لأن كلا من الجد والجدة قد يحجب حرمانا فهما من الفريق الآخر فافهم (قوله والولدان) أى الابن والبنت وثناه للمناسبة وإلا فالولد يشمل الذكر والأنثى تأمل (قوله سواء كانوا عصبات) وكذا من بمعنى العصبات كذوى الأرحام (قوله وهو) أى حجب الحرمان فى الفريق الثانى مبنى على أصلين أى مترتب وجوده على وجود مجموعهما ، فإذا وجدا أو أحدهما وجد وإلا فلا وفيه بحث يأتى قريبا (قوله يحجب الأقرب) أى بحسب الدرجة أو القرابة والضمير فى سواهم للستة المذكورين فى المتن (قوله اتحد فى السبب) كالجدات مع الأم وبنات الابن مع الصلبيتين أم لا كالأخوة مع الأب (قوله من أدلى) الإدلاء لغة إرسال الدلو فى البئر ، ثم استعمل فى كل شىء يمكن فيه ، ولو بطريق المجاز فمعنى يدلى إلى الميت يرسل قرابته إليه بشخص والباء فيه للإلصاق ، فالقرابة مشتركة بين المدلى والواسطة ط (قوله كابن الابن الخ) مثال من العصبات ومثله من أصحاب الفروض أم الأم لاترث مع الأم :

[تنبيه] يرد على ماذكره المصنف : لزوم حجب أم الأم بالأب لأنه أقرب منها وإن لم تدل به وكذا حجب بنت الابن بالبنت الواحدة الصلبية والأخت لأب بالأخت لأبوين وابن الأخ لأبوين بالأخ لأم ، فإن أجيب بأن المراد الأقرب من العصبات ورد عليه أن هذين الأصلين للفريق الثانى الذين يرثون تارة ويحرمون أخرى ، وفيهم العصبات وغيرهم ،وإن أجيب بأن المراد أن الأقرب يحجب الأبعد إذا كان الأبعد مدليا بالأقرب فلا معنى لكونهما أصلين ولزم عليه أن يرث ولد الابن مع الابن الذى ليس بأبيه فإنه لايدلى به أفاده السيد (قوله بجهة واحدة) إحتراز عما لو انفردت فإنها تستغرق التركة لكن بجهتى الفرض والرد (قوله والمحروم) أى من قام به مانع من الإرث المعنى فى نفسه (قوله عندنا) وعليه عامة الصحابة وعن ابن مسعود أنه يحجب نقصانا لاحرمانا كالابن الكافر مثلا مع أحد الزوجين وعنه أيضا أنه يحجب الأخ لأم بابن كافر حجب حرمان (قوله أصلا) أى لانقصانا ولا حرمانا (قوله ويحجب المحجوب) أى المحجوب حرمانا يحجب غيره حرمانا ونقصانا ومثل لكل بمثال (قوله وتحجب أم

أم الأم (كالأخوة والأخوات) فإنهم يحجبون بالأب حجب حرمان (ويحجبون الأم من الثلث إلى السدس) حجب نقصان ويختص حجب النقصان بخمسة بالأم وبنت الإبن والأخت لأب والزوجين (ويسقط بنو الأعيان) وهم الأخوة والأخوات لأب وأم بثلاثة (بالإبن) وابنه وإن سفل (وبالأب) اتفاقا (وبالجد) عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى (وقالا يقاسمهم على أصول زيد ويفتى بالأول) وهو السقوط كما هو مذهب أبي حنيفة وأصول زيد مبسوطة في المطولات وفي الوهبانية :

وما أسقطا أولاد عين وعلة وقد أسقط النعمان وهو المحرر

وعليه الفتوى كما في الملتقى والسراجية وإن قال مصنفها في شرحها وعلى قولهما الفتوى (و) يسقط (بنو العلات) وهم الأخوة والأخوات لأب (بهم) أي ببني الأعيان

أم الأم) كذا في بعض النسخ لتكرار الأم ثلاث مرات وفي بعضها مرتين والصواب الأول (قوله بالأم) فإنها تحجب من الثلث إلى السدس بالولد وولد الابن وبالعدد من الأخوة أو الأخوات (قوله وبنت الابن) تحجب مع الصلبية من النصف إلى السدس (قوله والأخت لأب) تحجب مع الشقيقة من النصف إلى السدس (قوله والزوجين) فالزوج يحجب من النصف إلى الربع والزوجة مع الربع إلى الثمن بالولد وولد الابن (قوله ويسقط بنو الأعيان) قدمنا وجه تسميتهم بذلك (قوله على أصول زيد) أي ابن ثابت الصحابي الجليل رضي الله عنه :

وحاصل أصوله : أن الجد مع الإخوة حين المقاسمة كواحد منهم إن لم تنقصه المقاسمة معهم عن مقدار الثلث عند عدم ذي الفرض ، وعن مقدار السدس عند وجوده وله في الأولى أفضل الأمرين من المقاسمة ، ومن ثلث جميع المال وضابطه أنه إن كان معه دون مثليه ، فالمقاسمة خير له أو مثلاه فسيان أو أكثر فالثلث خير له وصور الأول خمس فقط جد وأخ أو أخت أو أختان أو ثلاث أخوات أو أخ وأخت والثاني ثلاثة جد وأخوان أو أربع أخوات أو أخ واختان والثالث لاينحصر وله في الثانية بعد إعطاء ذي الفرض فرضه من أقل مخارجه خير أمور ثلاثة أما المقاسمة كزوج وجد وأخ للزوج النصف والباقي بين الجد والأخ وأما ثلث الباقي كجدة وجد وأخوين وأخت للجدة السدس وللجد ثلث الباقي وأما سدس كل المال كجدة وبنت وجد وأخوين للجدة السدس وللبنت النصف وللجد السدس لأنه خير له من المقاسمة ، ومن ثلث الباقي وتمامه في شرحنا الرحيق المختوم وغيره (قوله كما هو مذهب أبي حنيفة) وهو مذهب الخليفة الأعظم أبي بكر الصديق رضي الله عنه ، وهو أعلم الصحابة وأفضلهم ، ولم تتعارض عنه الروايات فيه فلذلك اختاره الإمام الأعظم ، بخلاف غيره فإنه روى عن عمر رضي الله عنه أنه قضى في الجد بمائة قضية يخالف بعضها بعضا والأخذ بالمتفق عليه أولى : وهو أيضا قول أربعة عشر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وروى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال : ألا يتقي الله زيد يجعل ابن الابن ابنا ولا يجعل أبا الأب أبا وتمامه في سكب الأنهر (قوله وعليه الفتوى الخ) قال في سكب الأنهر وقال شمس الأئمة السرخسي في المبسوط : والفتوى على قولهما وقال حيدر في شرح السراجية إلا أن بعض المتأخرين من مشايخنا استحسنوا في مسائل الجد الفتوى بالصلح في مواضع الخلاف ، وقالوا إذا كنا نفتي بالصلح في تضمين الأجير المشترك لاختلاف الصحابة رضي الله تعالى عنهم ، فالاختلاف هنا أظهر فالفتوى فيه بالصلح أولى اه ومثله في المبسوط :

وسبب اختلافهم في ذلك عدم النص في ارث الجد مع الإخوة من كتاب أو سنة ، وإنما ثبت باجتهاد الصحابة رضي الله تعالى عنهم بعد اختلاف كثير ، وهو من أشكل أبواب الفرائض اه لكن المتون على قول الإمام ولذا أشار الشارح إلى اختياره هنا وفيما سبق (قوله أي ببني الأعيان) أي الذكور منهم كما هو صريح العبارة ، حيث

أيضا (وبهؤلاء) أى بالإبن وابنه وبالأب والجد وكذا بالأخت لأبوين إذا صارت عصبة كما علمته (ويسقط بنو الأخياف) وهم الأخوة والأخوات لأم (بالولد وولد الإبن) وإن سفل (وبالأب والجد) بالإجماع لأنهم من قبيل الكلالة كما بسطه السيد (و) تسقط (الجدات مطلقا) أبويات أم أميات (بالأم والأبويات بالأب وكذا بالجد إلا أم الأب وإن علت فإنها ترث مع الجد لأنها ليست من قبله بل هى زوجته فكانا كالأبوين (وتحجب القربى) من أى جهة كانت (البعدى)

عبر ببنى ولم يعبر بأولاد ، بخلاف ماتقدم حيث فسر بنى الأعيان بالإناث أيضا تغليبا لقبول المقام له أما هنا فلا يقبله فإن أولاد العلات لايسقطون بالأخوات لأبوين ويدل عليه قوله : وكذا بالأخت الخ اه ح.

قلت: نعم لكن قد يسقط بعض أولاد العلات بالأناث من بنى الأعيان كالأخوات لأب يسقطن بالأختين لأبوين مالم يعصبهن أخ لأب كما سيأتى وعبارة السراجية أوضح ونصها، وبنو الأعيان وبنو العلات كلهم يسقطون بالابن وابن الابن وإن سفل وبالأب بالاتفاق، وبالجد عند أبى حنيفة ويسقط بنو العلات أيضا بالأخ لأب وأم اه ويؤخذ منه أن الأخت لأب تسقط بالأخ لأب وأم كما قدمنا التصريح به عن كشف الغوامض وتحفة الأقران (قوله أيضا) كان المناسب ذكره بعد قوله وبهؤلاء (قوله والجد) أى على الخلاف المار (قوله إذا صارت عصبة) أى مع البنات أو مع بنات الابن وإنما سقطوا بها لأنها حينئذ كالأخ فى كونها عصبة أقرب إلى الميت اه سيد (قوله ويسقط بنو الأخياف) الخيف اختلاف فى العينين وهو أن تكون إحداهما زرقاء والأخرى كحلاء وفرس أخيف ومنه الأخياف ، وهم الأخوة لآباء شتى يقال أخوة أخياف وأما بنو الأخياف فإن قاله متقن فعلى إضافة البيان اه مغرب (قوله بالولد الخ) أى ولو انثى فيسقطون بستة بالابن والبنت وابن الابن وبنت الابن والأب والجد ويجمعهم قولك الفرع الوارث والأصول الذكور وقد نظمت ذلك بقولى :

ويحجب ابن الأم أصـل ذكر كذاك فرع وارث قد ذكروا

(قوله بالإجماع) مرتبط بقوله والجد أى بخلاف بنى الأعيان والعلات ففى سقوطهم به الخلاف المار (قوله لأنهم من قبيل الكلالة) علة لسقوطهم بمن ذكر بيانه أن قوله تعالى — وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت — الآية المراد به أولاد الأم إجماعا ويدل عليه قراءة أبى وله أخ أو أخت من الأم ، وقد اشترط فى إرث الكلالة عدم الولد والوالد إجماعا فلا إرث لأولاد الأم مع هؤلاء ، ثم لفظ الكلالة فى الأصل بمعنى الأعياء ، وذهاب القوة ثم استعير لقرابة من عد الولد والوالد كأنها كالة ضعيفة بالقياس إلى قرابة الولاد ، ويطلق أيضا على من لم يخلف ولدا ولا والدا وعلى من ليس بولد ولا والد من المخلفين هذا حاصل ماذكره السيد (قوله وتسقط الجدات الخ) الأصل أن لكل من اتحاد السبب ، والإدلاء تأثيرا فى الحجب فأم الأب تحجب به للإدلاء فقط ، وبالأم لاتحاد السبب وهو الأمومة وأم الأم ترث مع الأب لإنعدام المعنيين ، وتحجب بالأم لوجودهما .

واعلم أن الأب لايرث معه إلا جدة واحدة من قبل الأم لأن الأبويات يحجبن به والأميات الصحيحات لايزددن على واحدة أبدا ، وأما الجد فترث معه واحدة أبوية وهى أم الأب أو من فوقها كأم أم الأب وإذا بعد بدرجتين كأبى أبى الأب ترث معه أبويتان إحداهما أم أبى الأب أو من فوقها كأم أم أبى الأب ، والثانية أم أم الأب ، أو من فوقها كأم أم أم الأب وتمامه فى شرحنا الرحيق المختوم (قوله لأنها ليست من قبله) أى لم تدل به وأيضا لم يوجد اتحاد السبب ، لأن جهته الأبوة وجهتها الأمومة (قوله بل هى زوجته) هذا ظاهر إذا كانت فى درجته فلو أعلى منه ، فهى أم زوجته أو جدتها أو أجنبية عنها (قوله من أى جهة كانت) أى من جهة الأم أو الأب

كذلك (وارثة كانت القربى أو محجوبة) كما قدمناه (وإذا اجتمعا وكانت إحداهما ذات قرابة واحدة كأم الأب) كذا فى نسخ المتن والشرح والصواب الموافق للسراجية وغيرها كأم أم الأب وقد قدم أن القربى تحجب البعدى مطلقا فافهم (والأخرى ذات قرابتين أو أكثر كأم أم الأم وهى أيضا أم أبى الأب) بهذه الصورة :

ميتة
أم   أب
أم   أم
أم   أم
ميت
هذه ذات القرابتين
وهذه ذات قرابة واحدة

وتوضيحها أن امرأة زوجت ابن ابنها بنت بنتها فولد بينهما ولد فهذه المرأة جدته لأبويه (قسم محمد السدس بينهما أثلاثا) باعتبار الجهات (وهما) أى أبو حنيفة وأبو يوسف (أنصافا) باعتبار الأبدان وبه قال مالك والشافعى وبه جزم فى الكنز فقال وذات جهتين كذات جهة (وإذا استكمل البنات والأخوات لأبوين فرضهن) وهو الثلثان (سقط بنات الإبن و) سقط (الأخوات لأب) أيضا (إلا بتعصيب ابن ابن) فى الصورة الأولى (أو أخ) فى الثانية (مواز) أى مساو أو نازل أى سافل فحينئذ يعصبهن ويكون الباقى للذكر كالأنثيين :

قاله المصنف فى شرحه قلت : وفى إطلاقه نظر ظاهر لتصريحهم بأن ابن الأخ لا يعصب أخته كالعم لا يعصب أخته وابن العم لا يعصب أخته وابن المعتق لا يعصب أخته بل المال للذكر دون الأنثى لأنها من ذوى الأرحام قال فى الرحبية :

(قوله كذلك) أى من أى جهة كانت فالصور أربع : قربى من جهة الأم تحجب البعدى من الجهتين قربى من جهة الأب تحجب البعدى من الجهتين (قوله كما قدمناه) عند قوله ويحجب المحجوب (قوله وقد قدم الخ) أراد الاستدلال على أن المتن لو كان أم الأب لحجبت غيرها ، ولم يتأت الخلاف بين محمد وصاحبيه اهـ ح (قوله فهذه المرأة جدته لأبويه) أى جدة لهذا الولد الذى مات من قبل أبيه لأنها أم أب أبيه ومن قبل أمه لأنها أم أم أمه ثم نقول هناك امرأة أخرى قد كان تزوج بنتها ابن المرأة الأولى فولد من بنت الأخرى ابن ابن الأولى الذى هو أبو الميت فهذه الأخرى أم أم أبى الميت فهى ذات قرابة واحدة منح (قوله وبه جزم فى الكنز) قال فى الدر المنتقى : فكان هو المرجح وإن اقتضى صنيع المصنف خلافه فليتنبه له .

وأصل هذا أن الترجيح بكثرة العلة لا يجوز على ما عرف فى الأصول ثم الوضع فى ذات قرابتين اتفاقى لإمكان الزيادة إلى غير نهاية وعند أبى يوسف يقسم أنصافا مطلقا وعند محمد باعتبار الجهات وإن كثرت فليحفظ اهـ (قوله والأخوات) الواو بمعنى أو لأن المستكمل أحد الصنفين لا مجموعهما أفاده ط (قوله سقط الخ) لف ونشر مرتب (قوله أو أخ) أى لأب (قوله وفى إطلاقه) أى المصنف تبعا للمجمع ، ويجاب كما فى غرر الأفكار بأن قوله مواز أو سافل صفة لابن ابن دون الأخ ، لأنه لا يصح وصف الأخ بالنزول أى فإن ابن الأخ لا يسمى أخا بخلاف ابن الابن ، فإنه يطلق على من فى الدرجة الثانية ومن دونها . نعم كان حقه كما قال العلامة قاسم أن يقدم الأخ على ابن الابن (قوله لتصريحهم الخ) حاصله كما فى السراجية والملتقى أن من لا فرض لها من الإناث وأخوها عصبة لا تصير عصبة بأخيها وقدمناه منظوما (قوله لأنها من ذوى الأرحام) أى الأخت فى هذه الصور ، لكن

وليس ابن الأخ بالمعصب   من مثله أو فوقه فى النسب

بخلاف ابن الابن وإن سفل فإنه يعصب من مثله أو فوقه ممن لم تكن ذات سهم ويسقط من دونه فلو ترك ثلاث بنات ابن بعضهن أسفل من بعض وثلاث بنات ابن ابن آخر كذلك وثلاث بنات ابن ابن ابن كذلك بهذه الصورة :

ميتة ————————————————————

ابن ابن ابن بنت ابن ابن ابن بنت ابن بنت ابن ابن بنت .. ابن بنت ابن بنت ابن بنت ابن بنت
.. ..

فالعليا من الفريق الأول لايوازيها أحد فلهما النصف والوسطى من الفريق الأول توازيها العليا من الفريق الثانى فيكون لهما السدس تكملة للثلثين ولا شىء للسفليات إلا أن يكون مع واحدة منهن غلام فيعصبها ومن يحاذيها

بنت المعتق ليست من ذوى أرحام الميت ، فالمراد من عداها وإنما لايعصبها أخوها لأنه ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن وعبر بذوى ولم يقل ذوات تغليبا للذكور على الأناث كما فى قوله تعالى — وكانت من القانتين — (قوله من مثله) أى فى الدرجة كأخته أو بنت عمه (قوله أو فوقه) كعمته (قوله فإنه يعصب من مثله أو فوقه الخ) هذا ظاهر الرواية وعند بعض المتأخرين لايعصب من فوقه ، وإلا صار محروما لأن الأصل فى إرث العصبة أن يقدم الأقرب ، ولو أنثى على الأبعد ولذا تقدم الأخت على ابن الأخ إذا صارت عصبة مع البنت والجواب أن من فوقه إنما صارت عصبة به ، ولولاه لم ترث شيئا فكيف تحجبه ، وانظر ما أجاب السيد قدس سره (قوله ذات سهم) أى فرض (قوله لايوازيها أحد) لانتمائها إلى الميت بواسطة واحدة وليس فى هؤلاء البنات من هو كذلك (قوله فلها النصف) لأنها قامت مقام بنت الصلب عند عدمها (قوله توازيها العليا من الفريق الثانى) لأن كلا منهما يدلى إلى الميت بواسطتين ، وأما السفلى من الفريق الأول فتوازيها الوسطى من الفريق الثانى والعليا من الفريق الثالث لأن كل واحدة منهن تدلى إلى الميت بثلاث وسائط ، وأما السفلى من الفريق الثانى فتوازيها الوسطى من الفريق الثالث لانتهاء كل منهما إليه بأربع وسائط ، وأما السفلى من الفريق الثالث فلا يوازيها أحد ، لأنها تدلى بخمس وسائط وليس فى هذه البنات من هو كذلك (قوله فيكون لهما السدس الخ) وذلك لأن العليا من الأول لما قامت مقام الصلبية قام من دونها بدرجة واحدة مقام بنات الابن (قوله ولا شىء للسفليات) وهى الست الباقية من البنات التسع ، لأنه قد كمل الثلثان لتلك الثلاث ، فلم يبق للباقيات فرض وليس لهن عصوبة قطعا فلا يرثن من التركة أصلا (قوله إلا أن يكون الخ) فإن كان الغلام مع السفلى من الفريق الأول أخذت العليا منهم النصف ، وأخذت الوسطى منهم مع العليا من الفريق الثانى السدس ويكون الثلث الباقى بين الغلام ، وبين السفلى من الأول والوسطى من الثانى والعليا من الثالث للذكر مثل حظ الأنثيين أخماسا ، وسقط سفلى الثانى ووسطى الثالث وسفلاه ، وإن كان الغلام مع السفلى من الفريق الثانى كان ثلث الباقى بينه وبين سفلى الأول ، ووسطى الثانى وسفلاه ، وعليا الثالث ، ووسطاه أسباعا للذكر مثل حظ الأنثيين ، وسقطت سفلى الثالث وإن كان مع السفلى من الفريق الثالث كان الثلث الباقى بين الغلام وبين السفليات الست أثمانا وإن فرض الغلام مع العليا من الفريق الأول كان جميع المال بينه وبين أخته للذكر مثل حظ الأنثيين ، ولا شىء للسفليات وهن ثمان وإن فرض مع وسطى الأول ، فتأخذ عليا الأول النصف والباقى للغلام مع من يحاذيه وهى وسطى الأول وعليا الثانى للذكر مثل حظ الأنثيين ، وكذا الحال إذا فرض مع عليا الثانى .

ومن فوقها ممن لاتكون صاحبة فرض وسقط السفليات (ويأخذ ابن عم) كذا فى نسخ المتن والشرح وعبارة السيد وغيره ويأخذ أحد ابنى عم هو) أخ (لأم السدس) بالفرض وكذا لو كان الآخر زوجا فله النصف (ويقتسمان الباقى) بينهما نصفين بالعصوبة حيث لامانع من إرثه بهما فيرث بجهتى فرض وتعصيب وأما بفرض وتعصيب معا بجهة واحدة فليس إلا الأب وأبوه ء

قلت : وقد يجتمع جهتا تعصيب كابن هو ابن ابن عم بأن تنكح ابن عمها فتلد ابنا وكابن هو معتق وقد يجتمع جهتا فرض ، وإنما يتصور فى المجوس لنكاحهم المحارم ويتوارثون بهما جميعا عندنا وعند الشافعى بأقوى الجهتين وتمامه فى كتب الفرائض وتأتى الإشارة إليه فى الغرقى (ولو تركت زوجا وأما أو جدة وأخوة لأم وأخوة لأبوين أخذ الزوج النصف والأم) أو الجدة (السدس وولد الأم الثلث ولا شئ للإخوة لأبوين) لأنهم عصبة ولم يبق

وأما تصحيح المسائل فى جميع هذه الصور فعلى ماستحيط به فيما بعد فلا حاجة إلى إيراده هنا واعلم أن ذكر البنات على اختلاف الدرجات كما ذكر فى الكتاب يسمى مسألة التشبيب لأنها بدقتها وحسنها تشحذ الخواطر وتميل الآذان إلى استماعها فشبهت بتشبيب الشاعر القصيدة لتحسينها واستدعاء الإصغاء لسماعها اه من شرح السيد (قوله ممن لاتكون صاحبة فرض) أما من كانت صاحبة فرض فإنها تأخذ سهمها ، ولا تصير به عصبة وهى العليا من الفريق الأول التى أخذت النصف والوسطى منه مع العليا من الفريق الثانى حيث أخذتا السدس ، وهذا قيد معتبر فيمن كانت فوقه دون من كانت بحذائه فإنه يعصبها مطلقا سيد (قوله وسقط السفليات) أى اللاتى تحته فى الدرجة (قوله وعبارة السيد الخ) أى فكان على المصنف أن يقول كذلك ولا سيما مع قوله بعد ويقتسمان الباقى (قوله هو أخ لأم) كأن تزوجت بأخوين فجاءت من كل بولد وللأخوين ولد أخ آخر من غيرها فمات أحد ولديها عن أخيه الذى هو ابن عمه وعن ابن عمه الآخر (قوله وكذا لو كان الآخر زوجا) الأوضح أن يقول : وكذا لو كان أحدهما أى أحد ابنى عمها زوجها ط (قوله ويقتسمان الباقى) وهو خمسة أسداس فى الأولى والنصف فى الثانية ط (قوله حيث لامانع من إرثه بهما) احتراز عما لو كان للميت بنت فى الأولى فإن لها النصف وتحجب ابن العم عن السدس من حيث كونه أخا لأم ، ويشترك هو وابن العم الآخر فى الباقى وعما لو كان للزوجة فى الثانية أخت شقيقة فإن لها النصف والنصف الآخر للزوج فرضا ولا شىء له كابن العم الآخر من حيث بنوة العم (قوله بجهتى فرض وتعصيب) فجهة الفرض الزوجية والأخوة لأم وجهة التعصيب كونه ابن عم ط (قوله وأما بفرض) أى وأما الإرث بفرض وتعصيب ط (قوله بجهة واحدة) وهى الأبوة ط (قوله فليس إلا الأب وأبوه) أى مع البنت أو بنت الابن كما تقدم ، واسم ليس ضمير عائد على الإرث بالفرض والتعصيب ، وقوله : إلا الأب أى إلا إرث الأب على تقدير مضاف حذف ، وأقيم المضاف إليه مقامه وهذا على حد قولهم ليس الطيب إلا المسك فى جواز الرفع والنصب فى المسك على الخلاف المشهور فتنبه (قوله وقد يجتمع جهتا تعصيب) أى من غير نظر للإرث بهما لأنه هنا بإحداهما لتقديم جهة البنوة على جهة العمومة وجهة الولاء (قوله وقد يجتمع جهتا فرض) صورته نكح مجوسى بنته واستولدها فالولد من لهذه المرأة وأخ لها فإذا مات عنها مات عن أمه وأخته فترث بالجهتين ط (قوله وإنما يتصور فى المجوس) أقول : تقدم فى كتاب الحدود أن من شبهة المحل وطء محرم نكحها ، وأنه يثبت فيها النسب على ماحرره فى النهر فراجعه ثم رأيت فى سكب الأنهر قال : وإنما يتصور ذلك فى نكاح المجوس وفى وطء الشبهة فى المسلمين وغيرهم ولا يتصور فى نكاح المسلمين الصحيح اه وسيأتى تمامه (قوله وعند الشافعى بأقوى الجهتين) وهى التى يرث بها على كل حال ، فإن مات ابن وترك أما هى أخته ترث عندنا بالجهتين الثلث بجهة الأمية والنصف بجهة الأختية ، وأما عنده فترث

لهم شيء وعند مالك والشافعي يشرك بين الصنفين الأخيرين كأن الكل أولاد أم وكذلك يفرض مالك والشافعي الأخت لأبوين أو لأب النصف وللجد السدس مع زوج وأم فتعول إلى تسعة وعند أبي حنيفة وأحمد تسقط الأخت .

قلت : وحاصله أنه ليس عند الحنفية مسألة المشركة اتفاقا ولا مسألة الأكدرية على المفتى به كما مر :

باب العول

وضده الرد كما سيجيء (هو زيادة السهام) إذا كثرت الفروض (على مخرج الفريضة) ليدخل النقص على كل منهم بقدر فرضه كنقص أرباب الديون بالمحاصة ، وأول من حكم بالعول عمر رضي الله تعالى عنه

بجهة الأمية لا غير كما في غرر الأفكار (قوله يشرك بين الصنفين الأخيرين) أي أولاد الأم والإخوة لأبوين، ولذا سميت مشركة بفتح الراء أو بكسرها على نسبة التشريك إليها مجازا (قوله وكذلك يفرض مالك والشافعي) وكذا أحمد على ما ذكره الشنشوري خلافا لما ذكره الشارح ، وهو قول أبي يوسف ومحمد وتسمى هذه المسألة الأكدرية لأنها كدرت على زيد مذهبه (قوله فتعول إلى تسعة) للزوج ثلاثة والأم اثنان وللجد واحد ، وللأخت ثلاثة لكن لما كانت الأخت لو استقلت بما فرض لها لزادت على الجد ردت بعد الفرض إلى التعصيب بالجد ، فيضم إلى حصتها حصته ، ويقتسمان الأربعة بينهما أثلاثا للذكر مثل حظ الأنثيين ، لأن المقاسمة خير له من سدس جميع المال ومن ثلث الباقي وتصح من سبعة وعشرين وتمامه في سكب الأنهر (قوله تسقط الأخت) فللزوج النصف وللأم الثلث ، والباقي للجد وأصلها من ستة ومنها تصح (قوله على المفتى به) أي من قول الإمام بسقوط بني الأعيان والعلات بالجد خلافا لهما (قوله كما مر) أي في الحجب والله تعالى أعلم .

باب العول

مسائل الفرائض ثلاثة أقسام : عادلة ، وعاذلة ، وعائلة : أي منقسم بلا كسر أو بالرد أو بالعول ، وهو في اللغة : الميل والجور ويستعمل بمعنى الغلبة يقال : عيل صبره أي غلب وبمعنى الرفع يقال : عال الميزان إذا رفعه فقيل إن المعنى الإصطلاحي مأخوذ من الأول لأن المسألة مالت على أهلها بالجور حيث نقصت من فروضهم والتقسيم المار كالصريح فيه ، لأن العادلة من العدل مقابل الجور وقيل من الثاني لأنها غلبت أهلها بإدخال الضرر عليهم . وقيل من الثالث ، لأنها إذا ضاق مخرجها بالفروض المجتمعة ترفع التركة إلى عدد أكثر من ذلك المخرج ثم يقسم حتى يدخل النقصان في فرائض جميع الورثة واختاره السيد (قوله وضده الرد) إذ بالعول تنتقص سهام ذوي الفروض ويزداد أصل المسألة وبالرد يزداد السهام وينتقص أصل المسألة ، وبعبارة أخرى في العول تفضل السهام على المخرج ، وفي الرد يفضل المخرج على السهام سيد (قوله هو زيادة السهام) أي سهام الورثة فأل عوض عن المضاف إليه وبذا سهل الإضمار في قوله الآتي على كل منهم ط (قوله على مخرج الفريضة) أي مخرج السهام المفروضة الذي يقال له أصل المسألة ، وهو عبارة عن أقل عدد صحيح يتأتى منه حظ كل فريق من الورثة بلا كسر اهـ سكب الأنهر (قوله كنقص أرباب الديون بالمحاصة) أي الديون التي ضاقت عنها التركة وليس بعضها أولى من بعض فالنقص على الجميع بقدر حقوقهم (قوله وأول من حكم بالعول عمر رضي الله تعالى عنه) فإنه وقع في صورة ضاق مخرجها عن فروضها فشاور الصحابة فأشار العباس إلى العول فقال أعيلوا الفرائض فتابعوه على ذلك ولم ينكره

ثم المخارج سبعة أربعة لاتعول الاثنان والثلاثة والأربعة والثمانية وثلاثة قد تعول بالاختلاط كما سيجىء فى باب المخارج (فستة تعول) أربع عولات (إلى عشرة وترا وشفعا) فتعول لسبعة كزوج وشقيقتين ولثمانية كهم وأم ولتسعة كهم وأخ لأم ولعشرة كهم وأخ آخر لأم (واثنا عشرة تعول ثلاثا إلى سبعة عشر وترا لا شفعا) فتعول لثلاثة عشر كزوجة وشقيقتين وأم ولخمسة عشر كهم وأخ لأم ولسبعة عشر كهم وآخر لأم (وأربعة وعشرون تعول إلى سبعة وعشرين) فقط (كامرأة وبنتين وأبوين) وتسمى منبرية (والرد ضده) كما مر وحينئذ (فإن فضل عنها) أى عن الفروض (و) الحال أنه لا (عصبة) ثمة (يرد) الفاضل (عليهم بقدر سهامهم) إجماعا لفساد بيت المال (إلا على الزوجين) فلا يرد عليهما وقال عثمان رضى الله عنه : يرد عليهما أيضا قاله المصنف وغيره .

قلت : وجزم فى الاختيار بأن هذا وهم من الراوى فراجعه .

أحد إلا ابنه بعد موته وتمامه فى شرح السيد وغيره (قوله ثم المخارج سبعة) وجهه أن الفروض ستة : وهى نوعان الأول النصف والربع والثمن ، والثانى : الثلثان والثلث والسدس ولها حالتان إنفراد واجتماع ومخارجها فى الانفراد خمسة الاثنان للنصف ، والأربعة للربع والثمانية للثمن والثلاثة للثلث والثلثين ، والستة للسدس وإذا اجتمع فروض فإن كانت من نوع واحد لاتخرج عن الخمسة المذكورة ، لأنه يعتبر مخرج أدناها ففى نصف وربع من أربعة أو نصف وثمن من ثمانية أو ثلث وسدس من ستة ،ولو من نوعين فإذا اختلط النصف من النوع الأول بكل النوع الثانى أو ببعضه فمن ستة وهى لاتخرج عنها أيضا وإذا اختلط الربع بكل النوع الثانى أو ببعضه فمن اثنى عشر وإذا اختلط الثمن بكل النوع الثانى أو ببعضه فمن أربعة وعشرين فيضم هذان إلى الخمسة فتصير المخارج سبعة وسيأتى بيان ذلك كله فى باب المخارج(قوله أربعة لاتعول)لأن الفروض المتعلقة بها إما أن يفى المال بها أو يبقى منه شىء زائد عليها وبيانه فى المنح (قوله وثلاثة قد تعول) وهى الستة وضعفها وضعف ضعفها وأشار بقد إلى أن العول ليس لازما لها(قوله بالاختلاط)أى باختلاط أحد النوعين بكل الآخر أو ببعضه كما بيناه (قوله إلى عشرة وترا وشفعا) أى تعول إلى أعد إدخال كونها منتهية إلى عشرة فليست إلى صلة لتعول ، بل صلتها مقدرة، لأن العشرة ليست وترا وشفعا ،وقوله وترا وشفعا منصوبان على الحال من العدد الذى عالت إليه أى حال كون تلك الأعداد منقسمة إلى وتر وشفع تأمل (قوله وتسمى منبرية) لأن عليا رضى الله تعالى عنه سئل عنها، وهو على منبر الكوفة يقول فى خطبته : الحمد لله الذى يحكم بالحق قطعا ، ويجزى كل نفس بما تسعى ، وإليه المآب والرجعى فسئل عنها حينئذ فقال من رويها والمرأة صار ثمنها تسعا ، ومضى فى خطبته فتعجبوا من فطنته در منتقى (قوله ثمة) أى هناك أى فى الورثة ط (قوله عليهم) أى على ذوى الفروض والأوضح التصريح به ط (قوله لفساد بيت المال) علة لقوله إجماعا ولا يظهر ، لأن المشهور من مذهب مالك أنه لبيت المال ، وإن لم يكن منتظما وهو مذهب الشافعى ، وروى عن مالك كقولنا وبه أفتى متأخرو الشافعية إذا لم ينتظم أمر بيت المال أفاده فى غرر الأفكار (قوله وغيره) كشراح السراجية والكنز وقال فى روح الشروح وحجة عثمان رضى الله عنه : أن الفريضة لو عالت لدخل النقص على الكل ، فإذا فضل شىء يجب أن تكون الزيادة للكل ، لأن الغنم بالغرم والجواب أن ميراث الزوجين على خلاف القياس ، لأن وصلتهما بالنكاح ، وقد انقطعت بالموت ، وما ثبت على خلاف القياس نصا يقتصر على مورد النص ، ولا نص فى الزيادة على فرضهما ولما كان إدخال النقص فى نصيبهما ميلا للقياس النافى لإرثهما قيل به ولم يقل بالرد لعدم الدليل ، فظهر الفرق وحصحص الحق اه ط

قلت : وفى الأشباه أنه يرد عليهما فى زماننا لفساد بيت المال وقدمناه فى الولاء ثم مسائل الرد أربعة أقسام، لأن المردود عليه إما صنف أو أكثر وعلى كل إما أن يكون من لا يرد عليه أو لا يكون :

(ف)الأول (إن اتحد جنس المردود عليهم) كبنتين أو أختين أو جدتين (قسمت المسألة من عدد رؤوسهم) ابتداء قطعة للتطويل :

(و) الثانى (إن كان) المردود عليه (جنسين) أو ثلاثة لا أكثر

ملخصا (قوله وفى الأشباه الخ) قال فى القنية ويفتى بالرد على الزوجين فى زماننا لفساد بيت المال ، وفى الزيلعى عن النهاية مافضل عن فرض أحد الزوجين يرد عليه وكذا البنت والابن من الرضاع يصرف إليهما وقال فى المستصفى والفتوى اليوم بالرد على الزوجين ، وهو قول المتأخرين من علمائنا ، وقال الحدادى : الفتوى اليوم بالرد على الزوجين ، وقال المحقق أحمد بن يحيى بن سعد التفتازانى : أفتى كثير من المشايخ بالرد عليهما إذا لم يكن من الأقارب ، سواهما لفساد الإمام وظلم الحكام فى هذه الأيام ، بل يفتى بتوريث بنات المعتق وذوى أرحامه وكذا قال الهروى : أفتى كثير من المشايخ بتوريث بنات المعتق وذوى أرحامه اه أبو السعود عن شرح السراجية للكازرونى :

قلت : وفى معراج الدراية شرح الهداية وقيل إن لم يترك إلا بنت المعتق يدفع المال إليها لا إرثا بل لأنها أقرب ، وكذا الفاضل عن فرض أحد الزوجين يدفع إليه بالرد وكذا يدفع إلى البنت والإبن من الرضاع وبه يفتى لعدم بيت المال :

وفى المستصفى والفتوى اليوم على الرد على الزوجين عند عدم المستحق لعدم بيت المال إذ الظلمة لايصرفوله إلى مصرفه وهذا كما نقل عن بعض أصحاب الشافعى أنهم يفتون بتوريث ذوى الأرحام لهذا المعنى اه وقال الشارح فى الدر المنتقى من كتاب الولاء قلت : ولكن بلغنى أنهم لايفتون بذلك فتنبه اه :

أقول : ولم نسمع أيضا فى زماننا من أفتى بشىء من ذلك ولعله لمخالفته للمتون فليتأمل ، لكن لايخفى أن المتون موضوعة لنقل ماهو المذهب وهذه المسألة مما أفتى به المتأخرون على خلاف أصل المذهب للعلة المذكورة كما أفتوا بنظير ذلك فى مسألة الاستئجار على تعليم القرآن مخالفين لأصل المذهب ، لخشية ضياع القرآن ، ولذلك نظائر أيضا ، وحيث ذكر الشراح الإفتاء فى مسألتنا فليعمل به ، ولا سيما فى مثل زماننا فإنه إنما يأخذه من يسمى وكيل بيت المال ، ويصرفه على نفسه وخدمه ، ولا يصل منه إلى بيت المال شىء :

والحاصل : أن كلام المتون إنما هو عند انتظام بيت المال وكلام الشروح عند عدم انتظامه ، فلا معارضة بينهما فمن أمكنه الإفتاء بذلك فى زماننا فيلفت به ولا حول ولا قوة إلا بالله (قوله أو أكثر) أى صنفان أو ثلاثة لا أكثر كما سيذكره (قوله إما أن يكون) أى يوجد (قوله إن اتحد جنس المردود عليهم) يشمل مالو كان ذلك الجنس شخصا واحدا أو أكثر ولذا مثل العلامة قاسم بقوله كأم أو جدة أو جدات أو بنت أو بنات أو بنت ابن أو بنات ابن أو أخوات لأبوين أو أخوات لأب أو واحد من ولد الأم أو أكثر اه (قوله من عدد رؤوسهم) أى رؤوس ذلك الجنس الواحد فيما إذا كان فى المسألة أكثر من شخص واحد ورأس ذلك الشخص الواحد إن كان هو فيها وحينئذ تكون المسألة واحدا اه شرح ابن الحنبلى (قوله قطعا للتطويل) أى بجعل القسمة قسمة واحدة ألا ترى أنك إذا أعطيت كل واحد من الورثة ما استحقه من السهام ، ثم قسمت الباقى من سهامهم بينهم بقدر تلك السهام صارت القسمة مرتين اه سيد (قوله جنسين أو ثلاثة) أى بحسب سبب الإرث كالجدودة والأخوة

بالاستقراء (فمن عدد سهامهم) فمن اثنين لو سدسان وثلاثة لو ثلث وسدس وأربعة لو نصف وسدس وخمسة كثلثين وسدس تقصيرا للمسافة ؛

(و) الثالث (إن كان مع الأول) أى الجنس الواحد (من لا يرد عليه) وهو الزوجان (أعطى) من لا يرد عليه (فرضه من أقل مخارجه وقسم الباقى على) رؤوس (من يرد عليه كزوج وثلاث بنات) فهى من أربعة للزوج واحد وبقى ثلاثة وهى تستقيم عليهن فلا حاجة إلى الضرب (وإن لم يستقم فإن وافق رؤوسهم) أى رؤوس من يرد عليهم (كزوج وست بنات ضرب وفقها) وهو هنا اثنان (فى مخرج فرض من لا يرد عليه) وهو هنا أربعة تبلغ ثمانية فللزوج اثنان وللبنات ستة (وإلا) يوافق بل باين (ضرب كل) عدد رؤوسهم (فيه) أى المخرج المذكور (كزوج وخمس بنات) فالمخرج هنا أربعة للزوج واحد بقى ثلاثة تباين الخمسة فاضرب الأربعة فى الخمسة تبلغ عشرين كان للزوج واحدا ضربه فى المضروب يكن خمسة فهى له والباقى ثلاثة اضربها فى المضروب تبلغ خمسة عشر فلكل بنت ثلاثة ؛

والبنتية والأمومة ، وإن كان فرض الجنسين جنسا واحدا كالجدة والأخت لأم اللتين فرض كل منهما السدس أو كان فرض الاثنين من ثلاثة الأجناس جنسا واحدا كالبنت وبنت الإبن والأم إذ البنتية سبب وبنتية الإبن سبب آخر ، وإن شملهما مطلق البنتية ففى هذه المسألة ثلاثة أجناس لاجنسان فقط اه ابن الحنبلى (قوله بالاستقراء) أى تتبع جزئيات من يرد عليه وهو متعلق بالفعل المحذوف المقدر بعد النافى أى لايكون أكثر بالاستقراء ط (قوله فمن عدد سهامهم) وهى أربعة لاغير الإثنان والثلاثة والأربعة والخمسة وقد ذكرها الشارح وكلها مقتطعة من ستة كما سنذكره (قوله لو سدسان) كجدة وأخت لأم فالمسألة من ستة ولها منها إثنان بالفريضة ، فاجعل الإثنين أصل المسألة واقسم التركة عليهما نصفين فلكل واحدة منهما نصف المال سيد (قوله لو ثلث وسدس) كولدى الأم مع الأم فهى أيضا من ستة لولدى الأم الثلث وللأم السدس ، فاجعلها من ثلاثة عدد سهامهم وطريقه أن تنظر إلى مافى الأكثر من أمثال الأقل وتضمه إليه ففى الثلث سدسان فتضمهما إلى سدس الأم اه قاسم (قوله لو نصف وسدس) كبنت وبنت ابن أو بنت وأم لأن المسألة أيضا من ستة ، ومجموع السهام المأخوذة منها أربعة ثلاثة للبنت وواحد لبنت الإبن أو الأم فاجعل المسألة من أربعة واقسم التركة أرباعا ثلاثة أرباعها للبنت وربع منها للأم أو بنت الإبن اه سيد (قوله كثلثين وسدس) كبنتين وأم وإنما أتى بالكاف ولم يأت بلو كما فى سوابقه لأن للخمسة ثلاث صور ثانيها نصف وسدسان كبنت وبنت ابن وأم ثالثها نصف وثلث كأخت لأبوين مع أم أو أختين لأم فالمسألة فى هذه الصور الثلاث أيضا من ستة والسهام التى أخذت منها خمسة فتجعل أصل المسألة وتقسم التركة أخماسا .

[تنبيه] القسمة على الوجوه المذكورة إن استقامت على الورثة فذاك ، وإلا كما إذا خلف بنتا وثلاث بنات ابن فللبنت ثلاثة أسهم تستقيم عليها ولبنات الإبن سهم واحد ، فلا يستقيم عليهن فاضرب الثلاثة أعنى عدد رؤوس من انكسر عليه فى أصل المسألة وهى الأربعة ، فيصير اثنى عشر للبنت منها تسعة ولبنات الابن ثلاثة منقسمة عليهن سيد (قوله والثالث) أى من الأقسام الأربعة (قوله وقسم الباقى على رؤوس من يرد عليه) أى تقسم الباقى من ذلك المخرج على عدد رؤوس ذلك الجنس الواحد كما كنت تقسم جميع المال على عدد رؤوسهم إذا انفردوا عمن لا يرد عليه (قوله فهى من أربعة) وأصلها من اثنى عشر لاجتماع الربع والثلثين فيها ومثلها المسألتان الآتيتان (قوله وإن لم يستقم) أى الباقى من ذلك المخرج (قوله ضرب وفقها) أى وفق رؤوسهم (قوله وهو هنا اثنان) لأن عدد الرؤوس ستة والباقى من المخرج ثلاثة والموافقة بينهما بالثلث ، ولا عبرة بالمداخلة هنا كما عرف فى موضعه (قوله وألا يوافق) أى الباقى عدد رؤوسهم (قوله فاضرب الأربعة فى الخمسة)

(و) الرابع (لو كان مع الثانى) أى الجنين فقط لاأكثر هنا بحكم الاستقراء إذ لايرد مع أربع طوائف أصلا بالاستقراء، ولعل هذا نكتة اقتصاره فيما مر متنا على الجنين وإلا فيراد بالثانى بعضه لاكله فتأمل (من لايرد عليه فاقسم الباقى) من مخرج فرض من لايرد عليه (على مسألة من يرد عليه) إن استقام (كزوجة وأربع جدات وست أخوات لأم) فمخرج من لايرد عليه أربعة للزوجة واحد بقى ثلاثة تستقيم على سهم الجدات وسهمى الأخوات لكنه منكسر على آحاد كل فريق كما سيجىء (وإن لم يستقم ضرب جميع مسألة من يرد عليه فى مخرج من لايرد عليه) فالمبلغ الحاصل بهذا الضرب مخرج فروض

الموافق لسابقه ولاحقه فاضرب الخمسة فى الأربعة ط لأن المضروب هو عدد الرؤوس الخمسة والمضروب فيه هو المخرج وهو الأربعة (قوله والرابع) أى من الأقسام الأربعة (قوله هنا) أى فى مسائل اجتماع من لايرد عليه مع من يرد عليه أما عند انفراد من يرد عليه، فقد يكون من ثلاثة كما صرح به الشارح فيما مر وذلك فى صورة اجتماع النصف والسدسين (قوله إذ لايرد مع أربع طوائف أصلا) أى سواء كان أحدها من لايردعليه، والثلاثة الباقية ممن يرد عليه، أو كانت الأربعة ممن يرد عليه (قوله ولعل هذا) أى عدم وجود الرد على أكثر من جنسين:

وحاصله : أن المصنف إنما اقتصر فى الثانى على الجنسين حيث قال فيما مر ، وإن كان جنسين مع أنه يكون ثلاثة أيضا لأجل أن يصح قوله هنا : ولو كان مع الثانى الخ إذ لايصح أن يراد به الثلاثة ، حتى أنه لو لم يقتصر فيما مر على الجنسين بأن ذكر الثلاثة ، كما فعل فى الملتقى وجب أن يراد هنا بالثانى بعضه ، وهو الجنسان لاكله ، وهو الثلاثة فاقتصاره فيما مر على الجنسين لا لعدم تأتى الثلاثة هناك ، بل لعدم تأتيها هنا بحكم الاستقراء الذى ذكره الشارح تبعا للسيد وغيره .

أقول : وهذا صحيح لو سلم الاستقراء وهو ممنوع ، لأنه وجد مسألة ردية اجتمع فيها أربع طوائف كزوجة وبنت وبنت ابن وأم أو جدة أصلها من أربعة وعشرين للزوجة الثمن ثلاثة ، وللبنت النصف اثنا عشر ولبنت الإبن السدس تكملة الثلثين أربعة ، والأم أو الجدة السدس أربعة أيضا بقى واحد يرد على من عدا الزوجة وهم ثلاثة أجناس ، وتصح من أربعين كما ذكرته فى الرحيق المختوم ، ثم رأيته هنا فى حاشية يعقوب وشرح ابن الحنبلى وقال يعقوب : أنه من الشبه القديمة التى تورد فى هذا المقام اه وعليه فكان على المصنف أن تذكر فى الثانى الثلاثة ، ويراد به فى كلامه هنا كله لا بعضه وهو مامشى عليه العلامة قاسم والباقانى وغيرهما وإن اعترضهم الشارح فى الدر المنتقى ، وحكم عليهم بالسهو فإنه لاسهو فى كلامهم بل هو الصواب لما علمت فتنبه لهذا المقام الذى هو مزلة الإقدام (قوله إن استقام) أى على مسألة من يرد عليه أى على سهامهم ، سواء استقام على عدد رؤوسهم أيضا أم لا فالثانى مامثل به المصنف والأول كزوجة وجدة وأختين لأم ، فإن الثلاثة الباقية من مخرج فرض الزوجة تستقيم على سهم الجدة وسهمى الأختين وعلى رؤوسهم أيضا (قوله لكنه منكسر على أحاد كل فريق) أى على عدد رؤوسهم لأن نصيب الجدات الأربع واحد لايستقيم عليهن بل بينهما مباينة فحفظنا عدد رؤوسهن بأسره ، وكذا نصيب الأخوات الست اثنان ، فلا يستقيمان عليهن ، لكن بين عدد رؤوسهن وسهامهن موافقة بالنصف فرددنا عدد رؤوس الأخوات إلى نصفها وهو ثلاثة ثم طلبنا التوافق بين أعداد الرؤوس والرؤوس فلم نجدها فضربنا وفق رؤوس الأخوات وهو الثلاثة فى عدد رؤوس الجدات وهو الأربعة فحصل اثنا عشر ثم ضربناها فى الأربعة التى هى مخرج فرض من لايرد عليه فصار ثمانية وأربعين فمنها تصح المسألة كان للزوجة واحد ضربناه فى المضروب الذى هو اثنا عشر فلم يتغير فأعطيناه الزوجة ، وكان للجدات أيضا واحد

الفريقين كأربع زوجات وتسع بنات وست جدات فمخرج من لا يرد عليه ثمانية للزوجات الثمن واحد بقي سبعة لا تستقيم على مسألة من يرد عليه وهي هنا خمسة لأن الفرضين ثلثان وسدس فاضرب الخمسة في الثمانية تبلغ أربعين فهي مخرج فروض الفريقين (ثم ضربت سهام من لا يرد عليه) وهو سهم للزوجات (في) خمسة (مسألة من يرد عليه) يكن خمسة فهي حق الزوجات الأربع من الأربعين واضرب سهام كل فريق ممن يرد عليه وهي أربع للبنات وسهم للجدات (فيما بقي) أي في السبعة الباقية (من مخرج فرض من لا يرد عليه) يكن للبنات ثمانية وعشرون ، وللجدات سبعة فاستقام فرض كل فريق لكنه منكسر على آحاد كل فريق فصححه بالأصول السبعة الآتية في باب المخارج تصح من ألف وأربعمائة وأربعين وتصح الأولى من ثمانية وأربعين ولولا خشية الإطالة لأوسعت الكلام هنا .

باب توريث ذوي الأرحام

(هو كل قريب ليس بذي سهم ولا عصبة) فهو قسم ثالث حينئذ (ولا يرث مع ذي سهم ولا عصبة سوى الزوجين) لعدم الرد عليهما (فيأخذ المنفرد جميع المال)

ضربناه في ذلك المضروب فكان اثني عشر ، فلكل واحدة منهن ثلاثة وكان للأخوات لأم اثنان فضربناهما فيه بلغ أربعة وعشرين فلكل واحدة منهن أربعة سيد (قوله الفريقين) أي فريق من يرد عليه وفريق من لا يرد عليه ط (قوله كأربع زوجات الخ) أصل هذه المسألة من أربعة وعشرين ، لاختلاط الثمن بالثلثين والسدس لكنها ردية فرددناها إلى أقل مخارج فرض من لا يرد عليه وهو الثمانية سيد (قوله ثلثان وسدس) فالثلثان فرض البنات بأربعة أسداس والسدس فرض الجدات والمجموع خمسة أسداس هي مسألة الرد (قوله ثم ضربت الخ) هذا شروع في معرفة حصة كل فريق من الورثة من هذا المبلغ ط (قوله واضرب) الأولى وضربت بالماضي ليناسب المعطوف عليه (قوله فاستقام فرض كل فريق) أي ممن يرد عليه ومن لا يرد عليه (قوله لكنه منكسر الخ) أي وإن استقام على سهامهم لكنه منكسر على رؤوسهم ولو كانت المسألة زوجة وسبع بنات وسبع جدات لتم العمل ، ولم يحتج إلى التصحيح الآتي (قوله فصححه بالأصول السبعة الخ) ثلاثة بين سهام كل فريق ورؤوسهم وهي الانقسام ، والتوافق والتباين وأربعة بين الرؤوس وبعضها مع بعض وهي التماثل والتداخل والتوافق والتباين اهـ ح ففي مسألتنا للزوجات خمسة وعددهن أربعة لا تصح عليهن ، ولا توافق وللجدات سبعة وهن ستة لا تصح عليهن ، ولا توافق وللبنات ثمانية وعشرون وعددهن تسعة لا تصح عليهن ، ولا توافق فاجتمع معنا من الرؤوس أربعة وستة وتسعة وبين الأربعة والستة موافقة بالنصف ، فتضرب نصف أحدهما في كامل الآخر تبلغ اثني عشر وبين اثني عشر والتسعة موافقة بالثلث ، فتضرب ثلث أحدهما في كامل الآخر يبلغ ستة وثلاثين وهي جزء السهم ، فتضربه في الأربعين يبلغ ألفا وأربعمائة وأربعين منها تصح كل من له شيء من الأربعين أخذه مضروبا في جزء السهم يخرج نصيبه للزوجات خمسة في ستة وثلاثين بمائة وثمانين لكل واحدة خمسة وأربعون وللجدات سبعة في ستة وثلاثين بمائتين واثنين وخمسين لكل واحدة اثنان وأربعون وللبنات ثمانية وعشرون في ستة وثلاثين تبلغ ألفا وثمانية لكل واحدة مائة واثنا عشر اهـ سكب الأنهر (قوله وتصح الأولى من ثمانية وأربعين) قدمنا تصحيحها منها موضحا والله تعالى أعلم .

باب توريث ذوي الأرحام

(قوله هو كل قريب الخ) أي اصطلاحا إما لغة فهو بمعنى ذي القرابة مطلقا سيد : أي سواء كان ذا سهم أو عصبة أو غيرهما أو سواء انتمى إليه الميت ، أو انتمى إلى الميت أو إلى أصوله (قوله فيأخذ المنفرد) أي الواحد

بالقرابة (ويحجب أقربهم الأبعد) كترتيب العصبات فهم أربعة أصناف جزء الميت ، ثم أصله ثم جزء أبويه ثم جزء جديه أو جدتيه (و) حينئذ (يقدم) جزء الميت وهم (أولاد البنات وأولاد بنات الابن) وإن سفلوا : بهذه الصورة :

بنت	بنت	بنت
بنت	بنت	ابن
بنت	ابن	بنت
ابنى	بنت	بنتى
٦	٦	١٦

بهذه الصورة :

بنت	بنت	بنت
بنت	ابن	بنت
بنتى		ابن
٢٢		٦

منهم من أى صنف كان جميع المال أى أو مابقى بعد فرض أحد الزوجين (قوله بالقرابة) أشار به إلى أن توريث ذوى الأرحام عندنا باعتبار القرابة كالتعصيب ، فيقدم الأقوى قرابة أمابقرب الدرجة ، أو بقوة السبب ويأخذ المنفرد الكل ، ولذا سمى علماؤنا أهل القرابة وذهب قوم إلى تنزيل المدلى منزلة المدلى به فى الاستحقاق ويسمون أهل التنزيل ، وقوم إلى التسوية بين القريب والبعيد بلا تنزيل ، ويسمون أهل الرحم ، وبيانه مع ثمرة الخلاف فى شرح السيد (قوله ويحجب أقربهم الأبعد) أى سواء كان صنفا عند اجتماع أصنافهم ، أو كان واحدا من من صنف عند اجتماع عدد منه أفاده قاسم ه فالأول : إشارة إلى الترجيح بالجهة والثانى : إلى الترجيح بقرب الدرجة والقوة ولو أخر المصنف ذلك بعد قوله : ويقدم أولاد البنات الخ لكان ذلك على ترتيب الترجيح بالجهات الثلاث كما مر فى العصبات وهو اعتبار الترجيح بالجهة ثم بالقرب ثم بالقوة وهذا الثالث أشار إليه بقوله الآتى قدم ولد الوارث (قوله كترتيب العصبات) فلا يرث أحد من الصنف الثانى، وإن قرب وهناك أحد من الصنف الأول وإن بعد وكذا الثالث مع الثانى والرابع مع الثالث وعليه الفتوى در منتقى (قوله ثم أصله) هذا ظاهر الرواية وعليه الفتوى ، وعن الإمام تقديمه على الصنف الأول ، لكن صح رجوعه عنه قاسم، ومشى فى الاختيار على الرواية المرجوع عنها ، ولذا قال فى الدر المنتقى فما قدمه فى الاختيار ليس بالمختار اه .

قلت : على أنه قد مشى بعده على خلافه (قوله يقدم جزء الميت الخ) هذا هو الصنف الأول وجملة القول فى هذا الصنف أنه إما أن يتفاوتوا فى الدرجة أولا ، فإن تفاوتوا قدم أقربهم ، ولو أنثى كبنت بنت وابن بنت بنت وإلا فإما بعضهم ولد وارث دون البعض ، أو كلهم ولد وارث أو كلهم ولد غيره ففى الأول قدم ولد الوارث اتفاقا كبنت بنت ابن تقدم على ابن بنت بنت وفى الأخيرين إما أن تتفق صفة الأصول فى الذكورة أو الأنوثة أو تختلف ، فإن اتفقت فالقسمة على أبدان الفروع اتفاقا بالسوية إن كانوا ذكورا فقط أو إناثا فقط كابن بنت ابن مع مثله أى مع ابن بنت ابن آخر وكبنت بنت بنت مع مثلها وللذكر كالأنثيين إن كانوا مختلطين كابن بنت وبنت بنت وإن اختلفت صفة الأصول فى بطن أو أكثر فإما أن تتوحد الفروع بأن يكون لكل أصل فرع واحد وإما أن تتعدد ، وعلى كل فإما أن يكون فى الفروع ذو جهتين أولا ، فإن توحدت وليس فيهم ذو جهتين كبنت ابن بنت

(ثم) أصله وهم (الجد الفاسد والجدات الفاسدات) وإن علوا

وابن بنت بنت فأبو يوسف قسم المال على أبدان الفروع هنا أيضا فثلثه للأنثى وثلثاه للذكر ، ومحمد يقسم على أعلى بطن اختلف وهو البطن الثانى هنا ويجعل ما أصاب كل أصل لفرعه ، إن لم يقع بعده الاختلاف كما فى المثال المذكور ، وحينئذ فثلثاه للأنثى نصيب أبيها وثلثه للذكر نصيب أمه عكس ماقسمه أبو يوسف ، أما إذا وقع بعده اختلاف بالذكورة والأنوثة فى بطن آخر أو أكثر فإن محمدا بعد ماقسم على أعلى بطن اختلف جعل الذكور طائفة ، والإناث طائفة ، وقسم نصيب كل طائفة على أعلى بطن اختلف منهم هكذا كما سيظهر ، وإن تعددت فروع الأصول المختلفين كلهم ، أو بعضهم وليس فيهم ذو جهتين أيضا وذلك كابنى بنت بنت وبنت ابن بنت بنت وبنتى بنت ابن بنت ، فأبو يوسف جرى على أصله من القسمة على أبدان الفروع ، فيقسم المال عليهم أسباعا ومحمد يجعل الأصل موصوفا بصفته متعددا بعدد فروعه فيقسم على أعلى الخلاف أعنى فى البطن الثانى أسباعا لأن البنت الأولى فى البطن الثانى كبنتين لتعدد فرعها ، لأن فرعها الأخير ابنان ، والبنت الثانية فيه على حالها لعدم تعدد فرعها ، والإبن فيه كابنين لتعدد فرعه الأخير فهو كأربع بنات ، فله أربعة أسباع وللبنتين ثلاثة أسباع ، ثم جعلنا الذكور طائفة والإناث طائفة أخرى ، فأعطينا أربعة أسباع الإبن لبنتى بنته وثلاثة أسباع البنتين لولديهما ، وهما البنت والإبن فى البطن الثالث سوية بينهما لأن البنت كبنتين لتعدد فرعها ، فقد ساوت الإبن وصارت معه كأربعة رؤوس وقسمة الثلاثة على أربعة لاتصح وتباين ، فتضرب الأربعة عدد الرؤوس فى السبعة أصل المسألة يحصل ثمانية وعشرون ، وقد كان لبنتى بنت ابن البنت أربعة ، فتضرب فى الأربعة المذكورة يحصل ستة عشر ، فهى لهما وتضرب الثلاثة التى للبنتين فى البطن الثانى فى الأربعة المذكورة أيضا يحصل اثنا عشر تقسمها بين البنت والإبن فى البطن الثالث سوية بينهما لما تقدم فيكون للبنت ستة تدفع لإبنيها والإبن ستة تدفع لبنته ، وإن كان فى الفروع ذو جهتين كبنتى بنت بنت هما أيضا بنتا ابن بنت ومعهما ابن بنت بنت أخرى فأبو يوسف اعتبر الجهات فى أبدان الفروع ، فجعل البنتين كأربع بنات بنتين من جهة الأم وبنتين من جهة الأب ، فيكون لهما الثلثان وللإبن الثلث ، ومحمد اعتبر الجهات فى أعلى الخلاف مع أخذه العدد من الفروع كما مر ، فيقسم على البطن الثانى ، وفيه ابن مثل ابنين وبنتان أحدهما كبنتين ، فصار المجموع كسبع بنات فالمسألة من عدد رؤوسهن فللإبن أربعة أسهم لأنه كابنين لتعدد فرعه فيصير كأربع بنات وللبنت التى فى فرعها تعدد سهمان وللأخرى سهم واحد ، فإذا جعلنا الذكور فى هذا البطن طائفة والإناث طائفة ودفعنا نصيب الإبن إلى البنتين اللتين فى البطن الثالث أصاب كل واحدة منهما سهمان ، وإذا دفعنا نصيب طائفة الإناث إلى من بإزائهن فى البطن الثالث لم ينقسم عليهن ، لأن نصيبهن ثلاثة أسباع ، ومن بإزائهن ابن وبنتان فالمجموع كأربع بنات ، وبين الثلاثة والأربعة مباينة فضربنا الأربعة التى هى عدد الرؤوس فى أصل المسألة وهو سبعة صار ثمانية وعشرين ، ومنها تصح لأنه كان لإبن البنت فى البطن الثانى أربعة ، فإذا ضربناها فى المضروب الذى هو أربعة أيضا بلغ ستة عشر ، فأعطينا كل واحدة من بنتيه ثمانية ، وكان للبنتين فى البطن الثانى ثلاثة فإذا ضربناها فى ذلك المضروب حصل اثنا عشر ، فدفعنا إلى ابن بنت البنت ستة وإلى بنتى بنت البنت ستة فلكل واحدة منهما ثلاثة ، فصار نصيب كل بنت فى البطن الأخير أحد عشر ثمانية من جهة أبيها وثلاثة من جهة أمها وقد تحصل من مذهب محمد المفتى به كما سيأتى أنه يعتبر الأصول بصفاتهم ويأخذ فيهم عدد الفروع وجهاتهم هذا خلاصة مافى شروح السراجية وغيرها (قوله ثم أصله وهم الجد الفاسد الخ) المراد بالجد الجنس فيعم المتعدد وهذا شروع فى الصنف الثانى ، وجملة القول فيه أنه إما أن تتفاوت درجاتهم أو لا ، فإن تفاوتت كأم أبى أم وأبى أبى أم أم قدم الأقرب سواء كان من

(ثم) جزء أبويه وهم (أولاد الأخوات) لأبوين أو لأب وأولاد الأخوة والأخوات لأم وبنات الأخوة لأبوين أو لأب وإن نزلوا ويقدم الجد عليهم خلافا لهما بهذه الصورة :

أخ لأب	أخت لأب	أخت لأبوين	أخت لأم
بنت	ابن	بنت	ابن
ابن		بنـــتى	بنت
٢		١٨	٤

جهه الأب أو الأم، ولو أنثى مدلية بغير وارث والأبعد ذكرا مدليا بوارث وإن استوت درجاتهم فإما أن يكون بعضهم مدليا بوارث أو كلهم أولا ولا فني الأول قيل يقدم المدلى بوارث كما فى الصنف الأول فأبو أم الأم أولى من أبى أبى الأم لإدلاء الأول بالجدة الصحيحة ، والثانى بالجد الفاسد وقيل هما سواء وهو الأصح كما فى الاختيار وسكب الأنهر وغيرهما ، وفى روح الشروح : أن الروايات شاهدة عليه وفى الأخيرين كأبى أم أب وأبى أم أم وكأبى أبى أم وأم أبى أم فإما أن تختلف قرابتهم أى بعضهم من جانب الأب وبعضهم من جانب الأم كالمثال الأول وإما أن تتحد كالمثال الثانى فإن اختلفت قرابتهم ، فالثلثان لقرابة الأب والثلث لقرابة الأم كأنه مات عن أب وأم ثم ما أصاب قرابة الأب يقسم بينهم على أول بطن وقع فيه الخلاف ، وكذا ما أصاب قرابة الأم ، وإن لم يختلف فيهم بطن فالقسمة على أبدان كل صنف وإن اتحدت قرابتهم : أى كلهم من جانب الأم أو الأب فإما أن تتفق صفة من أدلوا به فى الذكورة والأنوثة أو تختلف ، فإن اتفقت الصفة اعتبر أبدانهم ، وتساووا فى القسمة لو كانوا كلهم ذكورا أو أناثا وإلا فللذكر كالأنثيين ، وإن اختلفت الصفة فالقسمة على أول بطن اختلف للذكر ضعف الأنثى ثم تجعل الذكور طائفة والإناث طائفة على قياس ماتقرر فى الصنف الأول اتفاقا وقد اعتبر أبو يوسف هنا اختلاف البطون وإن لم يعتبره فى الصنف الأول والفرق له فى المطولات (قوله ثم جزء أبويه وهم أولاد الأخوات الخ) الأولاد يشمل لذكور والإناث وهذا شروع فى الصنف الثالث .

وجملة القول فيه كما فى الصنف الأول وهو أنهم إما أن يتفاوتوا فى الدرجة أولا فإن تفاوتوا قدم الأقرب ولو أنثى كبنت أخت وابن بنت أخ ، وإلا فإما أن يكون بعضهم ولد وارث أو كلهم أولا ولا والمراد بالوارث هنا مايشمل العصبة فني الأول قدم ولد الوارث كبنت ابن أخ وابن بنت أخت كلاهما لأبوين أو لأب أو مختلفين وفى الأخيرين : أى ما إذا كان كلهم أولاد وارث هو عصبة كبنتى ابنى الأخ لأبوين أو لأب أو ذو فرض كبنات أخوات متفرقات أو أولاد وارثين أحدهما : عصبة والآخر : ذو فرض كبنت أخ لأبوين أو لأب ، وبنت أخ لأم وما إذا لم يكن فيهم ولد وارث كبنت ابن أخ وابن بنت أخت كلاهما لأم عند أبى يوسف يعتبر الأقوى فى هذه الصور ثم يقسم على الأبدان للذكر ضعف ما للأنثى فمن كان أصله أخا لأبوين أولى ممن كان أصله أخا لأب فقط أو لأم فقط ومن لأب أولى ممن لأم وعند محمد ، وهو الظاهر من قول أبى حنيفة يقسم المال على الأصول أى الأخوة والأخوات مع اعتبار عدد الفروع والجهات فى الأصول ، فما أصاب كل فريق يقسم بين فروعهم كما فى الصنف الأول فلو ترك ابن بنت أخ لأب وبنتى ابن أخت لأب هما أيضا بنتا بنت أخت لأبوين، وترك أيضا بنت ابن أخت لأم فعند أبى يوسف المال كله لبنتى بنت الأخت لأبوين لقوة القرابة وعند محمد يقسم على الأصول كما قلنا فأصلها من ستة سدسها واحد للأخت لأم وثلثاها أربعة للأخت لأبوين لأنها كأختين لتعدد فرعها والباقى وهو واحد للأخ والأخت لأب للذكر ضعف الأنثى بطريق العصوبة ثم هذه الأخت لأب كأختين لتعدد فرعها فهى مع الأخ لأب كأربعة رؤوس وقسمة الواحد على الأربعة لاتصح وتباين فتضرب الأربعة

ثم) جزء جديه أو جدتيه وهم (الأخوال والخالات والأعمام لأم والعمات وبنات الأعمام وأولاد هؤلاء)

في الستة أصل المسألة تبلغ أربعة وعشرين ، ومنها تصح فكل من له شيء من أصل المسألة أخذه مضروبا في الأربعة وقد كان للأخت لأم واحد يضرب في أربعة يخرج أربعة تدفع لبنت ابنها وللأخت لأبوين أربعة تضرب في أربعة يخرج ستة عشر تدفع لبنتي بنتها وللأخ والأخت لأب واحد يضرب في أربعة يخرج أربعة تقسم متناصفة بين ابن بنت الأخ وبنتي ابن الأخت ، فصار نصيب البنتين من الجهتين ثمانية عشر هذا .

واعلم أن السيد الشريف قدس سره قد ذكر هذا المثال عن بعض الشارحين ، وأقره ومقتضاه على هذا التقسيم أنه لايعتبر اختلاف البطون في هذا الصنف عند محمد وظاهر قول السراجية أن الحكم فيهم كالحكم في الصنف الأول وكذا قوله ما أصاب كل فريق يقسم بين فروعهم كما في الصنف الأول أنه عند محمد يقسم على أول بطن اختلف كما في الصنف الأول وكما في الصنف الثاني أيضا وكما في أولاد الصنف الرابع ولم أر من تعرض لذلك فليراجع (قوله ثم جزء جديه أو جدتيه الخ) المراد بالجدين أبو الأب وأبو الأم وبالجدتين أم الأب وأم الأم وهذا شروع في الصنف الرابع .

وجملة القول فيه أنه لايتأتى هنا تفاوت الدرجة إلا في أولادهم ومن بعدهم وسيأتي الكلام عليهم ، وحينئذ فإما أن يتحد حيز قرابتهم أو لا ، فإن اتحد بأن كانوا من جهة أبي الميت أو أمه قدم الأقوى ولو أنثى إجماعا أي قدم من لأبوين على من لأب ومن لأب على من لأم ويقسم على الأبدان اتفاقا لاتفاق الأصول حينئذ ، ويعطى للذكر ضعف الأنثى كعم وعمة كلاهما لأم أو خال وخالة كلاهما لأبوين أو لأب أو لأم وإن اختلف حيز قرابتهم بأن كان قرابة بعضهم من جهة الأب وبعضهم من جهة الأم فلقرابة الأب الثلثان ولقرابة الأم الثلث ولايقدم الأقوى في جهة على غيره في جهة أخرى وإنما يقدم أقوى كل جهة على غيره فيها فلا تقدم العمة الشقيقة على الخالة لأم بل تقدم على العمة لأب أو لأم ولا يقدم الخال الشقيق على العمة لأم بل يقدم على الخال لأب أو لأم ويقسم حظ كل جهة على أبدانهم ويعطى للذكر ضعف الأنثى ، فلو مات عن عشر عمات وخال وخالة فالثلثان للعمات على عشرة بالسوية والثلث للخال والخالة أثلاثا (قوله وبنات الأعمام) أطلقه فشمل الأعمام لأبوين أو لأب أو لأم (قوله وأولاد هؤلاء) أي أولاد هذا الصنف الرابع عند عدم أصولها وخصهم بالذكر لعدم تناول الأعمام والعمات والأخوال والخالات لأولادهم ، بخلاف أولاد البنات ، والأخوات وكذا الجدات والأجداد لتناولهم من يكون بواسطة وغيرها ثم حكم هؤلاء كالحكم في الصنف الأول وهو أنه إما أن يتفاوتوا في الدرجة أو لا فإن تفاوتوا درجة قدم أقربهم على غيره ولو من غير جهته فأولاد العمة أولى من أولاد أولاد العمة أو الخالة وأولاد الخالة أولى من أولاد أولاد الخالة أو العمة ، وإن استووا فإما أن يتحد حيز قرابتهم أو لا فإن اتحد حيز قرابتهم بأن تكون قرابة الكل من جانب أبي الميت أو جانب أمه فإما أن يكون كلهم ولد عصبة أو ولد رحم أو بعضهم ولد عصبة ففي الأولين كأولاد أعمام لغير أم وكأولاد عمات قدم الأقوى قرابة بالإجماع فمن أصله من الأبوين أولى ممن لأب ومن لأب أولى ممن لأم لأنه عند اتحاد السبب يجعل الأقوى سببا في معنى الأقرب درجة فيكون أولى وفي الأخير وهو ما إذا كان بعضهم ولد عصبة وبعضهم ولد رحم قدم ولد العصبة مالم يكن ولد رحم أقوى قرابة فبنت عم شقيق أولى من ابن عمة شقيقة بخلاف ما إذا كان العم لأب فإن ابن العمة الشقيقة أولى لان ترجيح شخص بمعنى فيه وهو قوة القرابة هنا أولى من الترجيح بمعنى في غيره وهو كون الأصل عصبة وهذا ظاهر الرواية ، وقال بعضهم : بنت العم لأب أولى ورجح على ظاهر الرواية سيد واختاره عماد الدين تبعا لشمس الأئمة ابن كمال لكن في سكب الأنهر أن الأول به يفتي .

ثم عمات الآباء والأمهات وأخوالهم وخالاتهم وأعمام الآباء لأم وأعمام الأمهات كلهم وأولاد هؤلاء) وإن بعدوا

قلت : وهو المتبادر من إطلاق قول الملتقى ويرجحون بقرب الدرجة ثم بقوة القرابة ثم بكون الأصل وارثا عند اتحاد الجهة وإن اختلاف حيز قرابتهم فالثلثان لمن يدلى بقرابة الأب والثلث لمن يدلى بقرابة الأم ثم عند أبي يوسف ما أصاب كل فريق يقسم على أبدان فروعهم مع اعتبار عدد الجهات فى الفروع وعند محمد يقسم المال على أول بطن اختلاف مع اعتبار عدد الفروع والجهات فى الأصول كما فى الصنف الأول وتمامه فى شرح السيد :

ثم اعلم أنه لايعتبر بين الفريقين قوة القرابة فلا يرجح ولد العمة لأبوين على ولد الخال أو الخالة وكذا لايعتبر ولد العصبة فلا ترجح بنت العم لأبوين على بنت الخال أو الخالة وإنما يعتبر ذلك فى كل فريق بخصوصه فالمدلون بقرابة الأب يعتبر فيما بينهم قوة القرابة ثم ولد العصبة والمدلون بقرابة الأم يعتبر فيما بينهم قوة القرابة ولا تتصور عصوبة فى قرابة الأم وهذا ظاهر الرواية كما فى السراجية والفرائض العثمانية لصاحب الهداية ، وهو ظاهر إطلاق المتون والشروح حيث قالوا : وعند اختلاف جهة القرابة فلقرابة الأب ضعف قرابة الأم فلم يفرقوا بين ولد العصبة وغيره لكن ذكر بعده فى معراج الدراية عن شمس الأئمة أن ظاهر الروية أن ولد العصبة أولى اتحد الحيز أو اختلف فبنت العم لأبوين أولى من بنت الخال وأنه وافقه التمرتاشى ثم قال وفى ضوء السراج الأخذ برواية شمس الأئمة أولى اه :

قلت : وفى الخلاصة ولد العصبة أولى اتحدت الجهة أو اختلفت فى ظاهر الرواية وكذا فى مجمع الفتاوى وصححه فى المضمرات وبه أفتى العلامة خير الدين الرملى لكن خالفه فى الحامدية قائلا بأن المعتبر مافى المتون لوضعها لنقل المذهب اه فتأمل وراجع الفتاوى الخيرية(١) (قوله ثم عمات الآباء الخ) أدرج بعضهم هؤلاء تحت الصنف الرابع وهو من ينتمى إلى جد الميت لأن جد الأب جد وجعله بعضهم صنفا خامسا وهو المتبادر من عبارة المصنف :

وحاصله أنه إذا لم يوجد عمومة الميت وخؤلته وأولادهم انتقل حكمهم المذكور إلى هؤلاء ثم أولادهم فإن لم يوجدوا ايضا انتقل الحكم إلى عمومة أبوى أبوى الميت وخؤولتهم ثم إلى أولادهم وهكذا إلى مالا يتناهى فلا تغفل وفى الحاوى القدسى وغيره وإذا اجتمع قرابتان لأب وقرابتان لأم كعمة الأب وخالته وعمة الأم وخالتها فالثلثان لقرابتى الأب والثلث لقرابتى الأم ثم ما أصاب قرابتى الأب يقسم أثلاثا ثلثاه لقرابته من قبل أبيه وثلثه لقرابة أمه وما أصاب قرابتى الأم كذلك اه (قوله كلهم) بالرفع توكيد لأعمام الأمهات أى أعمامهن لأبوين أو لأب أو لأم (قوله وإن بعدوا) راجع إلى قوله ثم عمات الآباء والأمهات الخ لكن على التوزيع ، لأن قوله بالعلو

---

(١) عبارة الفتاوى الخيرية سئل فى هالك هلك عن بنت عم لأب وأم وابن خال لأب وأم فما الحكم أجاب هذه المسئلة اختلف فيها جعل بعضهم ظاهر الراوية أن الثلثين لبنت العم والثلث لإبن الخال وهو المذكور فى فرائض السراج وعليه صاحب الهداية والكنز والملتقى وغالب شروح الكنز والهداية وجعل بعضهم ظاهر الراوية أن لاشىء لابن الخال وأن الكل لبنت العم لكونها ولد العصبة وجعل فى الضوء عليه الفتوى وأنه راوية شمس الأئمة السرخسى وأنه وافق رواية التمرتاشى روايته وصححه فى المضمرات وعليه صاحب الخلاصة قال فى الضوء شرح السراجية الأخذ الفتوى بروايته يعنى شمس الأئمة أولى من الاخذ بروايتهما يعنى صاحب الهداية وصاحب السراجية انتهى والأصل فيه أن جهة القرابة إذا اختلفت كما فى واقعة الحال هل يقدم ولد العصبة أم لا قيل وقيل والذى ينبغى ترجيحه ما رواه السرخسى فإن لفظ الفتوى آكد من غيره من ألفاظ التصحيح كالمختار والصحيح مع أنى لم أر من اقتصر على مقابل مارواه السرخسى مصرحا بكونه الصحيح أو الأشهر أو المختار أو غير ذلك من ألفاظ التصحيح وأنما يرسله أو يقول فى ظاهر الرواية وأما هواى ما رواه السرخسي فقد صرحوا بأنه الصحيح وأن الأخذ الفتوى به أولى وأنه ظاهر الرواية فليكن المعول عليه والله أعلم انتهي منه .

بالعلو أو السفول ويقدم الأقرب فى كل صنف (وإذا استووا فى درجة) واتحدت الجهة (قدم ولد الوارث) فلو اختلف فلقرابة الأب الثلثان ولقرابة الأم الثلث وعند الإستواء فإن اتفقت صفة الأصول فى الذكورة أو الأنوثة اعتبر أبدان الفروع اتفاقا (و) أما (إذا اختلفت الفروع والأصول) كبنت ابن بنت وابن بنت بنت (اعتبر محمد فى ذلك الأصول وقسم) المال على أول بطن اختلف بالذكورة والأنوثة وهو هنا لبطن الثانى وهو ابن بنت وبنت بنت فمحمد اعتبر صفة الأصول فى البطن الثانى فى مسألتنا فقسم (عليهم أثلاثا وأعطى كلا من الفروع نصيب أصله) فحينئذ يكون ثلثاه لبنت ابن البنت نصيب أبيها وثلثه لابن بنت البنت لأنه نصيب أمه وتمامه فى السراجية وشروحها (وهما اعتبرا الفروع) فقط لكن قول محمد أشهر الروايتين عن أبى حنيفة فى جميع ذوى الأرحام

راجع إلى الأصول منهم وقوله أو السفول راجع إلى أولادهم ففيه لف ونشر مرتب فافهم (قوله ويقدم الأقرب فى كل صنف) إذا اعتبرنا الأصناف خمسة كما قاله بعضهم لايظهر ذلك فى الرابع إذ لا أقرب فيهم أما على مامشى عليه الشارح من اعتبارهم أربعة فهو ظاهر فافهم (قوله واتحدت الجهة) أى جهة القرابة بأن يكونوا من جهة الأب أو من جهة الأم وهذا إنما يتحقق فى غير الصنف الأول فافهم (قوله قدم ولد الوارث) قد علمت أن اتحاد الجهة لايتحقق فى الصنف الأول فيقدم فيه ولد الوارث بلا شرط الاتحاد فعلم أنه شرط فيما يمكن فيه ذلك وكذا تقديم ولد الوارث فيما يتحقق فيه ذلك وهو الصنف الأول والصنف الثالث ، وكذا أولاد الصنف الرابع على التفصيل المار ، أما الصنف الثانى فلا يتحقق فيهم ولد وارث ، لأن الوارث فرعهم وإنما يتحقق فيهم الإدلاء بوارث وقدمنا أن الأصح عدم اعتباره وأما نفس الصنف الرابع فهم عند الاستواء فى الدرجة والاتحاد فى الجهة إما كلهم أولاد وارث أو أولاد غيره فلا يتحقق فيهم تقديم ولد الوارث وإنما يتحقق فيهم تقديم الأقوى كما مر ثم المراد بولد الوارث من يدلى بوارث بنفسه فلا يعتبر الإدلاء به بواسطة فلا تقدم بنت بنت بنت الابن على بنت بنت بنت البنت كما صرح به فى سكب الأنهر وغيره فعلم أن عدوله عن المدلى بوارث إلى قوله ولد الوارث للاحتراز عن الصنف الثانى وعن الإدلاء بوارث بواسطة (قوله فلو اختلفت) أى جهة القرابة وهذا مقابل قوله واتحدت الجهة قال الزيلعى وهذا لايتصور فى الفروع وإنما يتصور فى الأصول والعمات والأخوال اه أى فى الصنف الثانى والرابع ، وكذا فى أولاد الرابع (قوله وعند الاستواء) أى فى القرب والقوة والجهة وفى كونهم كلهم ولد وارث أو ولد غيره كما أفاده فى الملتقى وشرحه (قوله فإن اتفقت صفة الأصول) أى صفة من يدلون به فالمراد بالأصول المدلى بهم ، سواء كانوا أصولا لهم أو لا زيلعى أى ليشمل الصنف الثانى (قوله وأما إذا اختلفت الفروع والأصول) مقابل قوله فإن اتفقت الخ لكن ذكر اختلاف الفروع غير لازم لأن الخلاف فى اختلاف الأصول فقط (قوله وهما) أى أبو حنيفة فى رواية شاذة عنه وأبو يوسف فى قوله الأخير اه قاسم (قوله وفى الملتقى وبقول محمد يفتى) أى وإن صحح فى المختار والمبسوط قول أبى يوسف لكونه أيسر على المفتى كما أخذوا بقوله فى بعض مسائل الحيض اه در منتقى (قوله بنت شقيقة) أى بنت أخيه الشقيق (قوله فأجبت الخ) أى على قول محمد وأصل المسألة من اثنين وتصح من ستة بضرب ثلاثة فى اثنين لانكسار مخرج النصف على ثلاثة أما على قول أبى يوسف فهى من أربعة للإبن سهمان ولكل بنت سهم واحد (قوله قد شرطوا) الأولى قد أخذوا عدد الفروع فى الأصول أى ويؤخذ الوصف من الأصول ط (قوله فيقسم الخ) أى فكأنه مات عن شقيق وشقيقتين ط (قوله بين أولادها) أى بين الإبن والبنت إطلاقا للجمع على مافوق الواحد وحسنه كون الإبن يعتبر كبنتين فهو مع البنت كثلاثة رؤوس فافهم والله سبحانه وتعالى أعلم ؛

وعليه الفتوى كذا فى شرح السراجية لمصنفها وفى الملتقى وبقول محمد يفتى سئلت عمن ترك بنت شقيقه وابن وبنت شقيقته كيف تقسم . فأجبت بأنهم قد شرطوا عد الفروع فى الأصول فحينئذ تصير الشقيقة كشقيقتين فيقسم المال بينهما نصفين ثم يقسم نصف الشقيقة بين أولادها أثلاثا والله تعالى أعلم .

فصل فى الغرقى والحرقى وغيرهم

(لاتوارث بين الغرقى والحرقى إلا إذا علم ترتيب الموتى) فيرث المتأخر فلو جهل عينه أعطى كل باليقين ووقف المشكوك فيه حتى يتبين أو يصطلحوا شرح مجمع .

قلت : وأقره المصنف لكن نقل شيخنا عن ضوء السراج معزيا لمحمد

فصل فى الغرقى والحرقى وغيرهم

جمع غريق وحريق فعيل بمعنى المفعول والمراد ومن بمعناهم كالهدمى والقتلى فى معركة وأراد بغيرهم الكافر وولد الزنا واللعان والحمل (قوله إلا إذا علم الخ) اعلم أن أحوالهم خمسة على مافى سكب الأنهر وغيره .

أحدها : هذا وهو ماإذا علم سبق موت أحدهما ولم يلتبس فيرث الثانى من الأول .

ثانيها : أن يعرف التلاحق ولا يعرف عين السابق .

ثالثها : أن يعرف وقوع الموتين معا .

رابعها : أن لايعرف شىء ففى هذه الثلاثة لايرث أحدهما من الآخر شيئا .

خامسها : أن يعرف موت أحدهما أولا بعينه ثم أشكل أمره بعد ذلك وسيأتى الكلام عليه اه ومثله فى الدر المنتقى (قوله فلو جهل عينه) أى بعد معرفة الترتيب وهذ يحتمل الحالة الثانية والخامسة لكن عبارة شرح المجمع تفيد الحالة الثانية فقط .

ونصها : فإن علم أن أحدهما مات أولا وجهل عينه أعطى كل واحد اليقين ، ووقف المشكوك حتى يتبين أو يصطلحوا اه (قوله أعطى كل الخ) أى من ورثتهم بقرينة قوله أو يصطلحوا فلو غرق إخوان لكل منهما بنت أخذت بنت كل نصف تركة أبيها حتى يتبين المتأخر فتأخذ بنته نصف تركة أبيها الباقى ونصف تركة عمها أو يصطلحا على شىء تأمل (قوله شرح مجمع) أى لمصنفه ومثله فى الاختيار حيث قال : وإن علم موت أحدهما أولا ولا يدرى أيهما هو أعطى كل واحد اليقين ووقف المشكوك حتى يتبين أو يصطلحوا اه ومثله فى شرح السراجية لمصنفها وتبعه بعض شراحها وعلله فى حاشية عجم زاده بقوله لأن التذكر غير مأيوس منه (قوله لكن نقل شيخنا الخ) أى فى حاشيته على المنح وقد استدرك أيضا فى معراج الدراية على شرح المجمع بعبارة ضوء السراج الذى هو شرح السراجية وقال العلامة قاسم فى شرح فرائض المجمع : إن ماذكره صاحب المجمع أخذه من الاختيار ، وهو قول الشافعية ولا يساعده عندنا رواية ولا دراية قال فى المبسوط وكذا إذا علم أن أحدهما مات أولا ، ولا يدرى أيهما هو لتحقق التعارض بينهما فيجعل كأنهما ماتا معا وقال فى المحيط : فيجعل كأنهما ماتا معا ، وكذلك لو تقدم موت أحدهما إلا أنه لايدرى المتقدم من المتأخر لأن سبب الإرث ثابت للمتأخر منهما لكن المستحق مجهول فتعذر الإثبات لأحدهما ، وصار كما لو أعتق إحدى أمتيه بعينها ثم نسيها لايحل له وطؤهما لجهالة المملوكه وقال فى الأرفاد أومات أحدهما قبل الآخر وأشكل السابق جعلوا كأنهم ماتوا معا فمال كل واحد لورثته الأحياء ولا يرث بعض الأموات من بعض هذا مذهب أبى حنيفة اه وذكر ذلك أيضا فى سكب الأنهر وشرح الكنز للمقدسى وقد لخصت ذلك

أنه لو مات أحدهما ولا يدرى أيهما هو يجعل كأنهما ماتا معا لتحقق التعارض بينهما وهو مخالف لما مر فتدبر (و) إذا لم يعلم ترتيبهم (يقسم مال كل منهم على ورثته الأحياء) إذ لا توارث بالشك (والكافر يرث بالنسب والسبب كالمسلم ولو) اجتمع (له قرابتان) لو تفرقتا (فى شخصين حجب أحدهما الآخر فإنه يرث بالحاجب وإن لم يحجب أحدهما الآخر يرث بالقرابتين) (عندنا كما قدمناه) للبنتين الثلثين قلت (ولا يرثون بأنكحة مستحلة عندهم) أى يستحلونها كتزوج مجوسى أمه لأن النكاح الفاسد لا يوجب التوارث بين المسلمين فلا يوجبه بين المجوس كذا فى الجوهرة قال وكل نكاح لو أسلما يقران عليه يتوارثان وما لا فلا انتهى وصححه فى الظهيرية (ويرث ولد الزنا واللعان

فى الرحيق المختوم ، وذكرت فيه أن المتبادر من هذه العبارات كلها أن محل النزاع هو الحالة الثانية وهى ما إذا علم التلاحق ، وجهل عين السابق ، وقد خصه فى سكب الأنهر بالخامسة وهى ما إذا علم السابق بعينه ثم أشكل ولعله أخذه من قول العلامة قاسم أنه قول الشافعية فإن الشافعية ذكروا ذلك فى الخامسة فقط كما فى شرح الترتيب للشنشورى لكن إذا جرى النزاع فى الثانية يجرى فى الخامسة بالأولى تأمل (قوله أنه لو مات أحدهما) أى أولا كما فى حاشية شيخه (قوله إذ لا توارث بالشك) علة لمقدر وهو ولا يرث بعضهم من بعض أو لما صرح به المصنف أولا وهذا قول أبى حنيفة آخرا وكان أولا يقول يرث بعضهم من بعض إلا ما ورث من صاحبه والمعتمد الأول لاحتمال موتهما معا أو متعاقبا فوقع الشك فى الاستحقاق واستحقاق الأحياء متيقن والشك لا يعارض اليقين فلو غرق أخوان ولكل منهما تسعون درهما وخلف بنتا وأما وعما فعلى المعتمد تقسم تركة كل على ورثته الأحياء من ستة للبنت النصف وللأم السدس وللعم ما بقى وعلى القول الثانى ما بقى وهو ثلاثون للأخ لا للعم ثم تقسم الثلاثون بين البنت والأم والعم على ستة كما تقدم فيصير للبنت ستون وللأم عشرون وللعم عشرة اه قاسم ملخصا .

[تنبيه] برهن كل من الورثة أن أباه مات آخرا تهاترتا عند أبى حنيفة وكذا لو ادعى ورثة كل إن أبا الآخر مات أولا وحلف لم يصدق أما لو برهن واحد منهم فى الأولى أو ادعى ، وحلف فى الثانية صدق لعدم المعارض ولو مات أخوان عند الزوال أو الطلوع أو الغروب فى يوم واحد أحدهما فى المشرق والآخر فى المغرب ورث ميت المغرب من ميت المشرق لموته قبله : لأن الشمس وغيرها من الكواكب تزول وتطلع وتغرب فى المشرق قبل المغرب اه سكب الأنهر قال فى الدر المنتقى ومفاده أنه لو اتحدت البلدة أو تقاربت لم يكن الحكم كذلك فليراجع ذلك اه .

قلت : لا شك فى انتفاء الإرث بالشك وثبوته بعدمه (قوله فإنه يرث بالحاجب) كما لو تزوج مجوسى أمه زاد فى سكب الأنهر أو وطىء مسلم أو غيره لشبهة فولدت بنتا فماتت البنت عن أمها وهى جدتها ترث بالأمومة فقط لأن الأم تحجب الجدة (قوله يرث بالقرابتين) كما لو ماتت الأم المذكورة عن بنتها وهى بنت ابنها ترث النصف بكونها بنتا والسدس تكملة الثلثين بكونها بنت ابن (قوله عندنا) أما عند الشافعى فيرث بأقواهما كما قدمناه قبيل باب العول (قوله ولا يرثون إلا بأنكحة مستحلة عندهم) محترز قوله بالقرابتين والفرق أن هذه الأنكحة غير ثابتة فى حكم الإسلام على الإطلاق بخلاف القرابة لأن النسب يستحق به الميراث ولو كان سببه محظورا كما فى النكاح الفاسد والوطء بشبهة مقدسى وفيه ولو ثبت حرمة مصاهرة بين زوجين فحدث بينهما ولد فمات الأب منع إرثه القاضى سليمان وقال شيخ الإسلام السغدى يرث اه سائحانى .

قلت : وقد نظم هذه المسألة فى الوهبانية هنا فراجع شروحها (قوله كتزوج مجوسى أمه) أى فلو مات أحدهما عن الآخر ورث بالنسب لا بالزوجية (قوله وكل نكاح الخ) وذلك كالنكاح بلا شهود أو فى عدة كافر معتقدين حله بخلاف المحارم أو فى عدة مسلم فإنهما لا يقران عليه وقد جعل فى الجوهرة هذا ضابطا للنكاح الجائز والنكاح

بجهة الأم فقط) لما قدمناه فى العصبات أنه لاأب لهما (ووقف للحمل حظ ابن واحد) أو بنت واحدة أيهما كان أكثر وعليه الفتوى لأنه الغالب ويكفنون احتياطا كما لو ترك أبوين وبنتا وزوجة حبلى فإن المسألة من أربعة

الفاسد أى لما يثبت به الإرث ومالا يثبت (قوله بجهة الأم فقط) كما لو كان له ولد من امرأة ثم زنى بها فأتت بولد أولا عنها فى ولد آخر ثم مات أحد الأخوين فإن الآخر يرثه بكونه أخا لأم لاشقيقا اهـ ح (قوله لما قدمناه فى العصبات الخ) قدم هناك فرقا بينهما وقدمنا مافيه فتنبه (قوله ووقف للحمل حظ ابن واحد الخ)هذا لو الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم نقصانا فلو يحجبهم حرمانا وقف الكل قيل وكذا لو الولادة قريبة دون شهر وبه جزم نزيل حلب فى شرحه على السراجية ولكن الإطلاق أظهر كما ذكره الأكمل فى شرحها ولو لم يعلم أن مافى البطن حمل أولا لم يوقف فإن ولدت تستأنف القسمة ولو ادعت الحمل عرضت على ثقة ولو ولدت ميتا لم يرث أى إذا خرج بنفسه أما لو أخرج بجناية فيرث ويورث ، وإذا خرج أكثره حيا بما تعلم حياته ولو بتحريك عين وشفة ومات ورث وصلى عليه ، وإن كان خرج أقله حيا ثم مات فلا يرث وتمامه فى الدر المنتقى (قوله وعليه الفتوى) وهذا قول أبى يوسف وعند الإمام يوقف حظ أربعة وعند محمد اثنين (قوله لأنه الغالب) أى الغالب المعتاد أن لاتلد المرأة فى بطن واحد إلا ولداً واحداً فيبنى الحكم عليه مالم يعلم خلافه سيد (قوله ويكفلون) أى يأخذ القاضى على قول أبى يوسف من الورثة كفيلا على أمر معلوم وهو الزيادة على نصيب ابن واحد فقط نظراً لمن هو عاجز عن النظر لنفسه أعنى الحمل سيد (قوله كما لو ترك الخ)اعلم أن الأصل فى تصحيح مسائل الحمل أن تصحيح مسألة ذكورته ومسألة أنوثته كما ذكر ثم تضرب إحداهما فى الأخرى إن تباينا أو فى وفقها إن توافقا ثم من له شىء من مسألة الأنوثة أخذه مضروبا فى كل الثانية أو فى وفقها ويعطى أقل الحاصلين ويوقف الفضل ففى هذه الصورة مسألة الذكورة من ٢٤ للزوجة الثمن ٣ ولكل واحد من الأبوين السدس ٤ وللبنت مع الحمل الذكر الباقى وهو ١٣ ومسألة الأنوثة من ٢٧ لاختلاط الثمن بالسدس فللأبوين ٧ وللزوجة ٣ وللبنت مع الحمل الأنثى ١٦ وبين المسألتين توافق بالثلث فإذا ضرب وفق إحداهما فى الأخرى حصل ٢١٦ ومنها تصح فعلى تقدير الذكورة للزوجة ٢٧ من ضرب ٣ فى وفق المسألة الثانية وهو ٩ ولكل واحد من الأبوين ٣٦ من ضرب ٤ فى ٩ وللبنت مع الحمل الذكر ١١٧ من ضرب ١٣ فى ٩ للبنت ثلثها ٣٩ ويبقى له ثلثاها ٧٨ وعلى تقدير الأنوثة للزوجة ٢٤ من ضرب ٣ فى وفق الأولى وهو ٨ ولكل واحد من الأبوين ٣٢ من ضرب ٤ فى ٨ وللبنت مع الحمل الأنثى ١٢٨ من ضرب ١٦ فى ٨ للبنت نصفها ٦٤ ويبقى له نصفها ٦٤ أيضا فيعطى الزوجة والأبوان ماخرج لهم على تقدير الأنوثة ويوقف الفضل وهو ١١ من نصيب الزوجة ٣ ومن نصيب الأبوين ٨ وتعطى البنت ماخرج لها على تقدير الذكورة ويوقف الباقى للحمل وهو ٧٨ فجملة الموقوف ٨٩ فإن وضعته أمه أنثى يدفع للبنت من ذلك الموقوف ٢٥ ليكمل لها مثل حصته والباقى له وإن وضعته ذكرا يدفع للزوجة ٣ وللأبوين ٨ والباقى له وإن وضعته ميتا تعطى البنت من الموقوف ٦٩ تكملة النصف والزوجة ٣ تكملة الثمن والأم ٤ تكملة السدس والأب ١٣ منها ٤ تكملة السدس والباقى وهو ٩ تعصيبا وقد خالفت فى هذا التقسيم مافى السراجية وشروحها لما علمت من أن الفتوى على أن الموقوف نصيب ولد واحد والآخر فى حق البنت هنا كون الحمل ذكرا وفى حق الزوجة والأبوين كونه أنثى كما رأيت والعجب مما فى السراجية حيث ذكر أن المفتى به ذلك ثم أوقف نصيب أربعة ذكور وقسم بناء على ذلك فليتأمل .

[تنبيه] هذا التوقف إنما يكون فى حق وارث يتغير فرضه من الأكثر إلى الأقل أما من لايتغير فرضه كالجدة والزوجة الحبلى فلا يوقف له شىء وأما من يسقط فى إحدى حالتى الحمل كأخ أو عم مع زوجة حامل فلا يعطى

وعشرين إن فرض الحمل ذكرا وتعول لسبعة وعشرين إن فرض أنثى لأن هذا على كون الحمل من الميت وإلا فمثله كثيرة كما لو تركت زوجا وأما حبلى فللزوج النصف والأم الثلث وللحمل إن قدر ذكرا السدس لأنه عصبة فيقدر أنثى ليفرض له النصف وتعول لثمانية كما لايخفى :

قلت : ولم أر مالو كان على أحد التقديرين يرث وعلى الآخر لا كهم وأخوين لأم فإن قدر ذكرا لم يبق له شيء فينبغي أن يقدر أنثى وتعول لتسعة احتياطا وفى الوهبانيه وحاملة أن تأت بابن فلم يرث وإن ولدت بنتا لها الثلث يقدر :

فصل فى المناسخة

(مات بعض الورثة قبل القسمة للتركة صححت المسألة الأولى) وأعطيت سهام كل وارث (ثم الثانية) إلا إذا اتحدوا

شيئا وتمام الكلام فى سكب الأنهر (قوله هذا) أى مامر من المثال واعلم أنه إذا كان الحمل منه فإنما يرث إذا ولد لأقل من سنتين ولم تكن المرأة أقرت بانقضاء عدتها فلو لتمام السنتين أو أكثر أو أقرت بانقضاء العدة فلا وما فى السراجية من إلحاق التمام بالأقل فخلاف ظاهر الرواية وإن كان من غيره فإنما يرث لو ولد لستة أشهر أو أقل وإلا فلا إلا إذا كانت معتدة ولم تقر بانقضائها أو أقر الورثة بوجوده كما يعلم من سكب الأنهر مع شرح ابن كمال وحاشية يعقوب (قوله وإلا فمثله كثيرة) بضمتين جمع مثال وهذا يوهم أنه لو منه يختص بالمثال السابق وليس كذلك أفاده ط (قوله وأما حبلى) أى من أبى الميتة فلو كان من غير أبيها ففرضه السدس ذكرا أو أنثى (قوله فيقدر أنثى) لأن نصيبه أكثر (قوله ولم أر الخ) هذا عجيب مع نقل الفرع بعينه عن الوهبانية اهـ ح

أقول : مراده أنه لم ير أنه هل يوقف له شيء أم لا وليس فى كلام الوهبانية مايفيد ذلك كما سيظهر (قوله ما لو كان) أى الحمل (قوله كهم) أى كزوج وأم حبلى بشقيق أو شقيقة وأعاد الضمير جمعا باعتبار عد الحمل وارثا ط (قوله لم يبق له شيء) أى للحمل لأنه عصبة وقد استغرقت الفروض التركة لأن المسألة من ستة فللزوج النصف ثلاثة وللأم السدس واحد وللأخوين لأم الثلث اثنان وهى المسألة المشركة عند الشافعية (قوله فينبغى أن يقدر أنثى) الخ يدل عليه قول الزيلعى وإن كان أى الوارث نصيبه على أحد التقديرين أكثر يعطى الأقل للتيقن به ويوقف الباقى اهـ إذ لاشك أن نصيب الورثة فى مسألتنا على تقدير ذكورته أكثر منه على تقدير أنوثته فيقدر أنثى ويوقف لها النصف عائلا وهو ثلث التركة ويعطى الورثة الأقل المتيقن به (قوله وحاملة الخ) يقال امرأة حامل أو حاملة كما صرح به فى القاموس فافهم ، والفاء فى قوله فلم يرث زائدة ويقدر بسكون القاف ، وفتح الدال بالبناء للمجهول والبيت من معاياة الوهبانية فهو لغز فى امرأة حامل إن ولدت ذكرا لايرث وإن ولدت أنثى قدر لها الثلث وهو النصف عائلا وجوابه ماصوره الشارح آنفا فيقال إن ذلك فيما لو ماتت امرأة عن زوج وأم حامل وأخوين لأم ولايخفى أنه ليس فى كلام الوهبانية مايفيد أنه هل يوقف لذلك الحمل شيء أم لا وإنما هو مجرد سؤال عن تصوير المسألة فافهم والله تعالى أعلم :

فصل فى المناسخة

هى مفاعلة من النسخ بمعنى النقل والتحويل والمراد بها هنا أن ينتقل نصيب بعض الورثة بموته قبل القسمة إلى من يرث منه سيد (قوله ثم الثانية) أى ثم تصحح المسألة الثانية أى مسألة الميت الثانى وتنظر بين مافى يده من التصحيح وبين التصحيح الثانى ثلاثة أحوال المماثلة والموافقة والمباينة سيد وستأتى أمثلتها (قوله إلا إذا اتحدوا)

كأن مات عن عشرة بنين ، ثم مات أحدهم عنهم (فإن استقام نصيب الميت الثانى على تركته فبها) ونعمت وإن لم يستقم فإن كان بين سهامه ومسألته موافقة ضربت وفق التصحيح فى كل التصحيح الأول وإلا) يكن بينهما موافقة بل مباينة (ضربت كل الثانى فى كل الأول يحصل مخرج المسألتين فتضرب سهام ورثة الميت الأول فى المضروب) أى فى التصحيح الثانى أو فى وفقه (وسهام ورثة الميت الثانى فى كل ما فى يده أو وفقه من) التصحيح (الأول) وإن كان فيهم من يرث من الميتين ضربت نصيبه من الأول فى الثانى أو وفقه ونصيبه من الثانى فيما فى يد الميت الثانى أو وفقه (ولو مات ثالث) قبل القسمة

أى ورثة الميتين أى فيكتفى بتصحيح واحد فحينئذ تقسم التركة فى المثال المذكور على تسعة ابتداء كأن الميت الثانى لم يكن (قوله فإن استقام الخ) كما إذا مات عن ابن وبنت ثم مات الإبن عن ابنين فالأولى من ثلاثة للإبن منها سهمان ومسألته من اثنين فيستقيم ما فى يده على مسألته (قوله على تركته) أى مسألة تركته والأصوب على مسألته (قوله فبها ونعمت) أى فبالاستقامة يكتفى ونعمت هى لأنه قد صحت المسألتان مما صحت منه الأولى فلا تحتاج إلى زيادة عمل (قوله وإن لم يستقم) أى نصيب الميت الثانى وهو ما فى يده من الأولى على مسألته (قوله فإن كان بين سهامه) أى التى فى يده من الأولى وبين مسألته موافقة كما إذا مات عن ابنين وبنتين ثم مات أحد الإبنين عن زوجة وبنت وعصبة فالأولى من ستة والثانية من ثمانية وسهامه من الأولى اثنان لا يستقيم على مسألته لكن توافق بالنصف فاضرب وفق مسألته وهو ٤ فى التصحيح الأول وهو ٦ تبلغ ٢٤ ومنها تصح المسألتان للابن الأول ثمانية ولكل بنت أربعة وللابن الميت ثمانية للزوجة منها سهم وللبنت ٤ وللعصبة ٣ (قوله وإلا الخ) كما لو مات عن زوجة وثلاث أخوات متفرقات ثم ماتت الأخت الشقيقة عن أختيها وعن زوج فالأولى من ١٢ وعالت إلى ١٣ للزوجة ٣ وللأخت الشقيقة ٦ وللأخت لأب ٢ وللأخت لأم ٢ والثانية من ٦ وعالت إلى ٧ للزوج ٣ وللأخت لأب ٣ وللأخت لأم سهم وسهام الشقيقة من الأولى ٦ لا تستقيم على ٧ ولا توافق فتضرب ٧ فى ١٣ تبلغ ٩١ وهو تصحيح المسألتين (قوله يحصل مخرج المسألتين) أى ما خرج بالضرب فى صورتى الموافقة والمباينة هو مخرج المسألتين فيهما كما علمت وذلك الحاصل يسمى الجامعة والمضروب فى الأولى وهو الثانية أو وفقها يسمى جزء السهم خلافا لما فى الدر المنتقى فتنبه (قوله فتضرب الخ) شروع فى معرفة نصيب كل وارث فى المسألتين من التصحيح وبيانه فيما صورناه للموافقة أنه كان للابن من الأولى ٢ فاضربهما فى المضروب أى وفق الثانية وهو أربعة بثمانية ولكل بنت واحد فى أربعة بأربعة وللزوجة من الثانية واحد فى وفق ما فى يد ميتها وهو واحد بواحد وللبنت أربعة فى واحد بأربعة وللعصبة ثلاثة فى واحد بثلاثة وفيما صورناه للمباينة أنه كان للزوجة من الأولى فقط ٣ فى ٧ تكون ٢١ وللأخت لأب من الأولى ٢ فى ٧ تكون ٢٤ ومن الثانية ٣ فى كل ما فى يد ميتها وهو ٦ تكون ١٦ وللأخت لأم من الأولى ٨ فى ٧ تكون ١٤ ومن الثانية ١ فى ٦ تكون ٦ وللزوج من الثانية فقط ٣ فى ٦ تكون ١٨ (قوله وإن كان فيهم الخ) وذلك كالأخت لأب والأخت لأم فيما صورناه للمباينة لكنه مثال لضرب النصيب من التصحيح الأول فى كل الثانى وضرب النصيب من التصحيح الثانى فى كل ما فى يد الميت الثانى ومثاله للضرب فى الوفق لو مات عن زوجة وبنت منها وعن أب ثم ماتت البنت عن أمها وجدها فالأولى من ٢٤ للبنت النصف ١٢ وللزوجة الثمن ٣ وللأب السدس ٤ فرضا والباقى ١٥ تعصيبا والثانية من ثلاثة للأم الثلث وللجد الباقى وهو ٢ وبينها وبين ما فى يد البنت وهو ١٢ موافقة بالثلث فتضرب وفق التصحيح وهو ١ فى كل التصحيح الأول يكن ٢٤ كما هو فللزوجة من الأولى ثلاثة فى واحد وفق التصحيح الأول بثلاثة ولها من الثانية بكونها أما واحد فى ٤ وفق ما فى يد البنت بأربعة وللأب من الأولى ٩ فى واحد بتسعة ومن الثانية بكونه جدا لها ٢ فى ٤ تبلغ ٨ (قوله ولو مات ثالث الخ) بيانه

(جعل المبلغ) الثانى (مقام الأولى و) جعل (الثالثة مقام الثانية) فى العمل وهكذا كلما مات واحد تقيمه مقام الثانية والمبلغ الذى قبله مقام الأولى إلى مالا يتناهى وهذا علم العمل فلا تغفل والله تعالى أعلم .

باب المخارج

(الفروض) المذكورة فى القرآن (نوعان الأول النصف) ومخرج كل كسر سميه كالربع من أربعة إلا النصف فإنه من اثنين والربع من أربعة والثمن من ثمانية (والثانى) الثلث و (الثلثان) كلاهما (من ثلاثة والسدس من ستة)

بمثال واحد جامع لما مر من الاستقامة والموافقة والمباينة لو ماتت امرأة عن زوج وبنت من غيره وأم فمات الزوج قبل القسمة عن امرأة وأبوين ثم البنت عن ابنين وبنت وجدة ثم الجدة عن زوج وأخوين فالأولى وهى مسألة المرأة ردية تصح من ستة عشر فللزوج ٤ وللبنت ٩ وللأم ٣ والثانية وهى مسألة الزوج تصح من ٤ فيستقيم ما فى يده عليها فلا حاجة إلى الضرب والثالثة مسألة البنت من ٦ ونصيبها من الأولى ٩ لاتنقسم على مسألتها وتوافق بالثلث فاضرب ثلث مسألتها وهو ٢ فى ١٦ تبلغ ٣٢ فنها تصح الفريضتان فمن كان له من ١٦ شىء فمضروب فى ٢ ومن كان له من ٦ شىء فمضروب فى وفق ما فى يدها وهو ٣ والرابعة مسألة الجدة من ٤ وسهامها ٩ من ٣٢ لأنه اجتمع لها من بنتها ٦ ومن بنت بنتها ٣ والتسعة لاتستقيم على ٤ ولا توافق فاضرب ٤ فى ٣٢ تبلغ ١٢٨ فنها تصح المسائل كلها فمن كان له شىء من ٣٢ فمضروب فى ٤ ومن كان له شىء من ٤ فمضروب فيما فى يدها وهو ٩ وبسط ذلك فى شرح السراجية (قوله جعل المبلغ الثانى) وهو ماصحت منه الأولى والثانية (قوله فى العمل) أى المتقدم بأن تأخذ سهام الميت الثالث من تصحيح مسألتى الأول والثانى وتقسمها على مسألته فإن انقسمت فبها ونعمت وإلا فاضرب وفق الثالثة التى اعتبرتها ثانية أو كلها فى جميع تصحيح الأوليين الذى اعتبرته أولا واعتبر الحاصل منهما كمسألة واحدة واقسم ذلك على الورثة فى المسألتين يحصل المطلوب كما علمته فى المثال الجامع (قوله وهذا علم العمل فلا تغفل) يشير إلى صعوبة مسائل هذا الباب ، وأنه لايتقنها إلا أولوا الألباب ، وكل ماهر فى علمى الفرائض والحساب ، والذى يسهله المباشرة وكثرة العمل بتوفيق الملك الوهاب ، وإتقان عمل الشباك المشهور بين الحساب ، والله تعالى أعلم :

باب المخارج

الأولى أن يقول وغيرها كما قال فيما مر لأن المصنف أدرج باب التصحيح وباب النسب بين الأعداد فى هذا الباب والأنسب تقديمه على المناسخة كما فعل فى السراجية لتوقفها عليه والمخارج جمع مخرج وهو أقل عدد يمكن أن يؤخذ منه كل فرض بانفراده صحيحا فالواحد ليس بعدد عند الحساب لا النحاة (وقوله الفروض الخ) أى الستة الآتية المأخوذة من خمس آيات فى سورة النسا (قوله نوعان) السبب فى أنهم جعلوا الفروض الستة نوعين أن أقلها مقدارا هو الثمن الذى مخرجه الثمانية والربع والنصف يخرجان من الثمانية بلا كسر فجعلوا الثلاثة نوعا واحدا وأقل فرض بعده السدس الذى مخرجه الستة والثلث والثلثان يخرجان منها بلا كسر فجعلوا الثلاثة الأخرى نوعا آخر أفاده السيد (قوله ومخرج كل كسر سميه) أى ماشاركه من الأعداد الصحيحة فى مادة اسمه حتى السدس فإنه شارك مخرجه وهو الستة فى ذلك لأن أصل ستة سدسة قلب كل من الدال والسين الثانية تاء وأدغمت التاء فى التاء فقول ستة وعبر بالكسر ليشمل ماعدا الفروض المذكورة كالخمس والسبع والتسع والعشر من الكسور المنطقة فانها كذلك وشمل كلامه الكسر المفرد كالنصف والمركب كالثلثين ، واعلم أن المخرج كلما كان أقل كان

على التضعيف والتنصيف فتقول مثلا الثمن وضعفه وضعف ضعفه أو تقول النصف ونصفه ونصف نصفه قلت وأخصر الكل أن تقول الربع والثلث ونصف كل وضعفه فإذا جاء فى المسألة من هذه الفروض أحاد فمخرج كل فرد منفرد سميه إلا النصف كما مر وإذا جاء مثنى أو ثلاث وهما من نوع واحد فكل عدد يكون مخرجا لجزء فذلك العدد أيضا يكون مخرجا لضعفه وأضعافه كالستة هى مخرج للسدس وضعف وضعف ضعفه (فإذا اختلط النصف من النوع الأول (بكل) النوع (الثانى) أى الثلاثة الأخر (أو ببعضه) فإذا كان فى المسألة نصف وثلثان وثلث وسدس كزوج وشقيقتين وأختين لأم وأم (فهى ستة) لتركبها من ضرب اثنين فى ثلاثة (أو) اختلط (الربع) من النوع الأول (بكل الثانى أو ببعضه) فإذا كان فى المسألة زوجة ومن ذكر (فمن اثنى عشر) لتركبها من ضرب

الفرض أكثر وكلما كان أكثر كان الفرض أقل فإن النصف أكثر من الربع مثلا ومخرجه أقل من مخرجه (قوله على التضعيف) أراد بذلك أن الثمن إذا ضعف حصل الربع وإن الربع إذا ضعف حصل النصف وكذا السدس إذا ضعف صار ثلثا وإذا ضعف الثلث صار ثلثين سيد (قوله والتنصيف) أراد أن النصف إذا نصف صار ربعا وإن الربع إذا نصف صار ثمنا وكذا الحال فى تنصيف الثلث والثلثين سيد (قوله فتقول مثلا الخ) أى وتقول كذلك فى النوع الثانى والحاصل أنه إذا بدئ بالأصغر من النوعين فهو على التضعيف أو بالأكبر فعلى التنصيف (قوله وأخصر الكل) أى أخصر العبارات التى عبر بها عن النوعين (قوله أحاد) أى واحد واحد فمعناه مكرر وإن ذكر مرة واحدة وكرره فى السراجية نظرا إلى جانب اللفظ كحديث صلاة الليل مثنى مثنى أفاده السيد وما فى شرح ديوان المتنبى للإمام الواحدى من أنه لايقال هو أحاد أى واحد إنما يقولون جاؤا أحاد أحاد أى واحدا واحدا وأحاد فى موضع الواحد خطأ اه لايدل على عدم جوازه مرة واحدة فى المتعدد كما فيما نحن فيه وإنما يدل على عدم جوازه فى واحد فلا يقال زيد أحاد فافهم (قوله وهما) أى المثنى أو الثلاث من نوع واحد أى من النوع الأول فقط أو الثانى فقط بلا اختلاط شئ من أحد النوعين فى الآخر (قوله لجزء) أى أقل جزء منها (قوله يكون مخرجا لضعفه الخ) لأن مخرج الضعف موجود فى مخرج الجزء فيستغنى به عن مخرج الضعف فمخرج الثلث والثلثين من ثلاثة وهى داخلة فى الستة مخرج السدس وكذا كل واحد من مخرج الربع والنصف داخل فى مخرج الثمن فإذا اجتمع فى المسألة السدس والثلث كأم وأختين لأم أو السدس والثلثان كأم وأختين لأبوين فمن ستة ، أو الثلث والثلثين كأختين لأبوين وأختين لأم فمن ثلاثة أو اجتمع الثلاثة كأم وأختين لأم وأختين لأبوين فمن ستة وإذا اجتمع فيها الثمن مع النصف كزوجة وبنت فمن ثمانية أو الربع والنصف كزوج وبنت فمن أربعة ولا يتصور اجتماع الربع مع الثمن ولا اجتماع الثلاثة (قوله فإذا اختلط النصف الخ) محترز قوله وهما من نوع واحد فما مر كان فى اختلاط أفراد كل نوع بعضها مع بعض وهذا شروع فى اختلاطها مع أفراد النوع الآخر كلا أو بعضا واعلم أن صور الاختلاط مطلقا سبعة وخمسون منها سبعة وعشرون شرعية وثلاثون عقلية وقد لخصت الجميع فى الرحيق المختوم فراجعه (قوله كزوج الخ) مثال لاختلاط النصف مع الثلاثة وفيه لف ونشر مرتب ويعلم منه أمثلة اختلاط النصف مع بعضها بأن كان الزوج مع واحد من هؤلاء فقط أو مع اثنين منهم (قوله لتركبها من ضرب اثنين فى ثلاثة) هذا إنما يظهر إذا لم يكن فى المسألة سدس أما إذا كان فيها ذلك فيكتفى بمخرجه لأن مخرج النصف اثنان ومخرج الثلث والثلثين ثلاثة وكلاهما داخلان فى الستة فيكتفى بها ط (قوله فإذا كان فى المسألة زوجة ومن ذكر) أى فى المثال السابق من الشقيقتين والأختين لأم والأم وهذا مثال لاختلاط الربع بكل الثانى ويعلم منه اختلاطه ببعضه بأن كانت الزوجة مع واحد من هؤلاء فقط أو مع اثنين منهم لنظير

الأربعة فى ثلاثة لموافقة الستة بالنصف (أو) اختلاط (الثمن) من النوع الأول ببعض الثانى وأما بكله فغير متصور إلا على رأى ابن مسعود أوفى الوصايا فليحفظ (فمن أربعة وعشرين) كزوجة وبنتين وأم لتركبها من ضرب الثمانية فى ثلاثة لما قدمنا من موافقة الستة بالنصف ولا يجتمع أكثر من أربع فروض فى مسألة واحدة ولا يجتمع من أصحابها أكثر من خمس طوائف ولا ينكسر على أكثر من أربع فرق (وإذا انكسر سهام فريق

مامر (قوله لموافقة الستة بالنصف) تعليل لما أفهمه كلامه من ضرب الأربعة فى ثلاثة دائما : أى سواء كان فيها سدس أو لا أما الثانى فظاهر ، وأما الأول فلأن مخرج السدس من ستة وهى موافقة للأربعة مخرج الربع بالنصف، ونصفها ثلاثة فلذا تضرب الأربعة فى ثلاثة دائما فافهم (قوله ببعض الثانى) ليس على إطلاقه فإنه يختلط مع الثلثين كزوجة وبنتين ومع السدس كزوجة وأم وابن ومع الثلثين والسدس كزوجة وبنتين وأم وأما اختلاط الثمن مع غير ذلك فلا يتصور إلا على رأى ابن مسعود الآتى من أن المحروم عنده يحجب غيره حجب نقصان فيختلط عنـــده مع الثلث كزوجة وأختين لأم وابن محروم ومع الثلث والسدس كهم وأم ومع الثلثين والثلث كزوجة وشقيقتين وأختين لأم وابن محروم (قوله إلا على رأى ابن مسعود) كما لو ترك إبنا كافرا وزوجة وأما وأختين لأب وأم وأختين لأم فإنهما من ٢٤ وتعول إلى ٣١ عنده اهـ ح أما عند غيره فهى من ١٢ وتعول إلى ١٧ (قوله أو فى الوصايا) كما لو أوصى لرجل بثمن ماله ولآخر بثلثيه ولآخر بثلثه ولآخر بسدسه ولاوارث له أو كان وأجاز الكل فهى من ٢٤ وتعول إلى ٣١ لظير ماقال ابن مسعود وكذا ماقدمنا من الصور التى لاتأتى إلا على رأيه تأتى على رأى غيره فى الوصايا أيضا كما لايخفى (قوله فى ثلاثة) أى دائما سواء كان سدس أو لا وبه يتضح التعليل كما نبهنا على لظيره قبله (قوله من موافقة الستة بالنصف) لكن فيما تقدم كانت موافقتها بالنصف للأربعة وهنا للثمانية (قوله ولا يجتمع أكثر من أربع فروض) أى غير مكررة فلا يرد زوج وأم وأخت لأبوين وأخت لأب وأختان لأم اهـ ح (قوله ولا يجتمع من أصحابها أكثر من خمس طوائف) بيانه لو مات ميت عن زوج أو زوجة وعن أب وأم وجد وجدة وبنت وبنت ابن وأخت شقيقة وأخت لأب وأخ وأخت لأم فهؤلاء أصحاب الفروض المقدرة لكن الجد والأخوات يحجبون بالأب والجدة بالأم فالباقى من له الثمن أو الربع ، وهو أحد الزوجين ومن له النصف وهو البنت ومن له السدس وهو ثلاث طوائف الأب والأم وبنت الإبن فغايتهم خمس طوائف فإن لم يكن الأب والجد والبنت وبنت الإبن فالباقى من له الربع أو النصف وهو أحد الزوجين ومن له النصف وهو الشقيقة ومن له السدس وهو طائفتان الأم والأخت لأب ومن له الثلث وهو أولاد الأم والطوائف هنا خمسة أيضا (قوله ولا ينكسر على أكثر من أربع فرق) لأنه لابد أن يكون أحد الطوائف الخمس من هو منفرد كالأب أو الأم أو الزوج ولا تنكسر سهامه عليه أصلا (قوله وإذا انكسر سهام فريق الخ) شروع فى تصحيح المسائل والمراد به بيان أقل عدد يتأتى فيه نصيب كل وارث بلا كسر :

واعلم أنه يحتاج هنا إلى سبعة أصول ثلاثة منها بين السهام والرؤوس وأربعة منها بين الرؤوس والرؤوس أما الثلاثة التى بين السهام والرؤوس فأحدها الاستقامة بأن تكون سهام كل فريق منقسمة عليهم بلا كسر كأبوين وأربع بنات فلا حاجة فيها إلى الضرب وثانيها الإنكسار مع المباينة بأن تكون السهام منكسرة على طائفة واحدة ولا يكون بين سهامهم ورؤوسهم موافقة فاضرب عدد الرؤوس فى أصل المسألة فقط أو مع عولها إن عالت وثالثها الإنكسار مع الموافقة بأن تنكسر السهام على طائفة واحدة لكن سهامهم ورؤوسهم موافقة فاضرب وفق رؤوسهم فى أصل المسألة أوفيه مع عولها وأما الأربعة التى بين الرؤوس والرؤوس فهى التماثل والتداخل والتوافق والتباين وسيذكر المصنف بيان معرفة هذه الأربعة ولا تأتى هذه الأربعة إلا إذا كان الكسر على طائفتين فأكثر وإنما لم يعتبروا

عليهم ضربت عددهم فى أصل المسألة) وعولها إن كانت عائلة (كامرأة وأخوين) للمرأة الربع يبقى لهما ثلاثة لا تستقيم ولا توافق فاضرب اثنين فى أربعة فتصح من ثمانية (وإن وافق سهامهم عددهم ضربت وفق عددهم فى أصل المسألة) وعولها (كامرأة وست أخوة) فلهم ثلاثة توافقهم بالثلث فاضرب اثنين فى أربعة فتصح من ثمانية أيضا (فإن انكسر سهام فريقين أو أكثر وعدد رؤوسهم متماثلة ضربت أحد الأعداد فى أصل المسألة) وعولها (كثلاث بنات وثلاثة أعمام فتكتفى بأحد المتماثلين فاضرب ثلاثة فى أصل المسألة) تكن تسعة منها تصح وإن انكسر على ثلاث فرق أو أربع

التداخل بين السهام والرؤوس كما اعتبروه بين الرؤوس والرؤوس بل ردوه إلى الموافقة إن كانت الرؤوس أكثر وإلى المماثلة إن كانت السهام أكثر كستة على ثلاثة للاختصار كما سيتضح قريبا وقد ذكر المصنف هذه الأصول السبعة بأمثلتها على هذا الترتيب المذكور إلا الإستقامة فإنه حذفها لظهورها (قوله عليهم) أى على الفريق وجمع باعتبار المعنى (قوله إن كانت عائلة) أى يضرب فيهما إن كان عول وإلا فى أصل المسألة فقط وإنما ترك المصنف هذا التفصيل هنا وفيما بعده إشارة إلى أن المسألة وعولها صار بمنزلة أصل المسألة فى أن عدد الرؤوس يضرب فيهما كما يضرب فى أصلها كما أفاده السيد (قوله كامرأة وأخوين) مثال لغير العائله وأصلها أربعة والعائلة كزوج وخمس أخوات لغير أم أصلها ستة للزوج النصف ثلاثة وللأخوات الثلثان أربعة فعالت إلى سبعة وبين سهام الأخوات ورؤوسهن مباينة فاضرب عدد رؤوسهن خمسة فى أصل المسألة مع عولها وهو ٧ تبلغ ٣٥ ومنها تصح (قوله وعولها) أى إن كانت عائلة وإلا ففى أصل المسألة فقط كما ذكره المصنف (قوله كامرأة وست أخوة) مثال لغير العائلة وأصلها أربعة أيضا والعائلة كزوج وأبوين وست بنات أصلها ١٢ فللزوج الربع ٣ وللأبوين السدسان ٤ وللست بنات الثلثان ٨ فعالت إلى خمسة عشر وانكسر ٨ سهام البنات على ٦ عدد رؤوسهن لكن بينهما موافقة بالنصف فرددنا عدد رؤوسهن إلى نصفه وهو ٣ ثم ضربناه فى الأصل مع العول وهو ١٥ فحصل ٤٥ ومنها تصح (قوله فلهم ثلاثة توافقهم بالثلث) اعتبر الموافقة مع أن بين الثلاثة والستة مداخلة إشارة إلى عدم اعتبار التداخل بين السهام والرؤوس كما قدمنا لأنه وإن أمكن اعتباره بأن تضرب الأكبر وهو ٦ جميع عدد الرؤوس فى ٤ لكنه يؤدى إلى التطويل وترك تطويل الحساب ربح فلذا أرجعناه إلى الموافقة وكذا لو كانت البنات ٤ فى المثال الذى ذكرناه للعائلة فلا تضرب الأكبر وهو ٨ جميع عدد سهامهن لما قلنا بل يرجع إلى التماثل لصحة القسمة بلا ضرب (قوله فإن انكسر الخ) شروع فى الأصول الأربعة التى بين الرؤوس والرؤوس:

واعلم أنك أولا تنظر بين كل فريق مع سهامه فإن تباينا فاثبت الفريق كاملا وإن توافقا فاثبت وفق الفريق ثم تنظر بين الأعداد المثبتة بهذه الأصول الأربعة فإن تماثل العددان فاضرب أحدهما فى أصل المسألة وإن تداخلا فاضرب أكبرهما فيه وإن توافقا فاضربت الوفق فى كامل الآخر ثم الحاصل فى أصل المسألة وإن تباينا ضربت أحدهما فى الآخر ثم الحاصل فى أصل المسألة وقد ذكر المصنف هذه الأربعة على هذا الترتيب والمضروب فى أصل المسألة يسمى جزء السهم كما سيأتى (قوله أو أكثر) أى ثلاثة أو أربعة لا أكثر كما مر (قوله وعدد رؤوسهم متماثلة) الأولى أن يقول وأعداد جمع عدد قال السيد والمراد بأعداد الرؤوس ما يتناول عين تلك الأعداد ووفقها أيضا فإنه إذا كان بين رؤوس طائفة وسهامهم مثلا موافقة يرد عدد رؤوسهم إلى وفقه أولا ثم تعتبر المماثلة بينه وبين سائر الأعداد كما ستطلع عليه (قوله وعولها) كست أخوات شقيقات وثلاث أخوات لأم وثلاث جدات أصلها ٦ وتعول إلى ٧ للشقيقات الثلثان ٤ لا تنقسم وتوافق بالنصف وهو ثلاثة وللأخوات لأم الثلث ٢ لا تنقسم ولا توافق وللجدات السدس ١ كذلك فاجتمع معك ثلاثة أعداد متماثلة فاضرب واحدا منها فى الفريضة تبلغ ٢١ ومنها تصح زيلعى (قوله وإن انكسر على ثلاث فرق الخ) يشير إلى ما ذكرناه من النظر أولا إلى كل فريق مع سهامه ثم إلى الأعداد المثبتة فلا فرق بين الفريقين والأكثر فيما ذكر وإنما الفرق

فاطلب المشاركة أولا بين السهام والأعداد ثم بين الأعداد والأعداد ثم افعل كما فعلت فى الفريقين فى المداخلة والمماثلة والموافقة والمباينة فما حصل يسمى جزء السهم فاضرب به فى أصل المسألة أشار إليه بقوله (وإن دخل بعض الأعداد فى بعض كأربع زوجات وثلاث جدات واثنى عشر عما ضربت أكثر الأعداد) لتداخلها (فى أصل المسألة) وهو اثنا عشر تكن مائة وأربعة وأربعين منها تصح (وإن وافق بعضها بعضا) كأربع زوجات وخمسة عشر جدة وثمان عشرة بنتا وستة أعمام ضربت وفق أحدهما) أى أحد الأعداد (فى جميع الآخر والخارج فى وفق الثالث إن وافق وإلا فى جميعه ثم الرابع كذلك) ثم المجتمع وهو جزء السهم وهو فى مسألتنا مائة وثمانون فى أصل المسألة وهو هنا أربعة وعشرون يحصل أربعة آلاف وثلثمائة وعشرون منها تصح (وإن تباينت) أعداد رؤوس من انكسر عليهم سهامهم (كامرأتين وعشر بنات وست جدات وسبعة أعمام ضربت أحدها) أى أحد الأعداد (فى جميع الثانى والحاصل فى جميع الثالث والحاصل فى جميع الرابع) يحصل جزء السهم وهو هنا مائتان وعشرة لتوافق رؤوس البنات والجدات لسهامهم بالنصف فاضربها فى أصل المسألة وهو هنا أربعة وعشرون يحصل خمسة آلاف وأربعون ومنها تستقيم (وإذا أردت معرفة التماثل والتوافق والتداخل والتباين بين العددين)

من حيث إن الفرق إذا كانوا ثلاثة مثلا تزيد صورها ويتكرر الضرب لتعدد المثبتات ، لأنك إذا نظرت أولا بين الفرق الثلاث وسهامها ، فإما أن يباين كل فريق منها سهامه أو يوافقها أو توافق فريقين وتباين الآخر أو تباين فريقين وتوافق الآخر فهذه أربعة أحوال ، ثم تنظر فى كل حال منها بين المثبتات بالأصول الأربعة فتبلغ ٢٥ صورة محل بيانها المطولات كشرح الترتيب وغيره (قوله فاطلب المشاركة) الأولى التعبير بالمناسبة ط (قوله ثم افعل كما فعلت فى الفريقين) الأولى أن يقول كما تفعل لأنه لم يتقدم من أحوال الفريقين إلا المماثلة ، وأما المداخلة والموافقة والمباينة فستأتى فافهم (قوله أشار إليه) أى إلى ضرب جزء السهم وإلى ماقدمه من قوله وإن انكسر على ثلاث فرق الخ تأمل (قوله كأربع زوجات الخ) أصلها من ١٢ للجدات السدس ٢ وللزوجات الربع ٣ وللأعمام الباقى ٧ وبين سهام كل فريق منهم وعدد رؤوسهم مباينة فأخذنا أعداد الرؤوس بتمامه وهى ٤ و٣ و١٢ فوجدنا الأولين متداخلين فى الثالث وهو ١٢ فضربناه فى أصل المسألة وهو أيضا ١٢ ومنها تصح (قوله كأربع زوجات وخمسة عشر جدة الخ) الأولى خمس عشرة والمسألة أصلها من ٢٤ للزوجات الثمن ٣ لاتستقيم ولاتوافق فحفظنا عددهن ٤ وللجدات السدس ٤ تباين عددهن وهو ١٥ فحفظناه أيضا وللبنات الثلثان ١٦ توافق عددهن وهو ١٨ بالنصف وهو ٩ فحفظناه وللأعمام الباقى وهو ١ يباين عددهم وهو ٦ فحفظناه أيضا فصار المحفوظ ٤ و٦ و٩ و ١٥ ثم طلبنا المناسبة بين ذلك فوجدنا الأربعة موافقة للستة بالنصف فضربنا نصف أحدهما فى كامل الآخر بلغ ١٢ وهى موافقة للتسعة بالثلث فضربنا ثلث أحدهما فى كامل الآخر بلغ ٣٦ وبينهما وبين ١٥ موافقة بالثلث أيضا فضربناها فى ثلث ١٥ وهو ٥ بلغ ١٨٠ هى جزء السهم (قوله كامرأتين الخ) أصلها ٢٤ للزوجتين الثمن ٣ وبينهما مباينة فحفظنا عدد رؤوسهن وهو ٢ وللبنات الثلثان ١٦ توافق عددهن وهو ١٠ بالنصف وهو ٥ فحفظناه وللجدات السدس ٤ توافق عددهن وهو ٦ بالنصف وهو ٣ فحفظناه وللأعمام الباقى وهو ١ يباين عددهم وهو ٧ فحفظناه فصار المحفوظ ٢ و ٣ و ٥ و ٧ وكلها متباينة فضربنا ٢ فى ٣ بلغ ٦ ثم ضربنا ٦ فى ٥ بلغ ٣٠ ثم ضربنا ٣٠ فى ٧ بلغ ٢١٠ هى جزء السهم وتمام العمل ما ذكره الشارح ، وأما معرفة نصيب كل منهم فى جميع هذه الأمثلة وغيرها فسيأتى بيانها (قوله وإذا أردت معرفة التماثل الخ) شروع فى بيان النسب بين الأعداد وهى أربعة كالنسب بين الكليات المنطقية فكل عددين لابد أن يكون بينهما نسبة منها لأن العددين إما أن يتساويا

هذه مقدمة يحتاج إليها فى تقسيم التركة (فتماثل العددين كون أحدهما مساويا للآخر) كثلاثة وثلاثة (وتداخل العددين المختلفين) بأحد أمرين على ماهنا إما (بأن يعد أقلهما الأكثر) أى يفنيه (أو يكون أكثر العددين منقسما على الأقل قسمة صحيحة) بلاكسر كقسمة الستة على ثلاثة أو اثنين (وتوافق العددين أن لا يعد) أى لايفنى أقلهما الأكثر لكن يعدهما (عدد ثالث) كالثمانية مع العشرين يعدهما أربعة فيتوافقان بالربع (وتباين العددين) أن لايعد العددين المختلفين (عدد ثالث) أصلا كالتسعة مع العشرة (وإذا أردت معرفة التوافق والتباين بين العددين المختلفين أسقط الأقل من الأكثر من الجانبين) مرارا حتى إذا اتفقا فى درجة واحدة (فإن توافقا فى واحد تباينا) الأوفق (وإن توافقا فى اثنين فبالنصف أو ثلاثة فبالثلث) هكذا (إلى العشرة)

أو لا فإن تساويا فهما متماثلان وإلا فإما أن يفنى الأقل الأكثر أو لا فإن أفناه فهما متداخلان وإلا فإما أن يفنيهما عدد ثالث أو لا فإن كان فيتوافقان وإلا فمتباينان (قوله هذه مقدمة الخ) أى هذه النسب يحتاج إلى معرفتها فى تقسيم التركة على أعداد المستحقين بلا كسر بأن تصحح المسأله من أقل عدد يمكن فهى توطئة لتصحيح للمسائل فكان ينبغى تقديمها عليه . واعلم أن العدد ماتألف من الآحاد كالإثنين فصاعدا ومن خواصه أن يساوى نصف مجموع حاشيتيه القريبتين أو البعيدتين كالأربعة مثلا فإن حاشيتيها القريبتين ثلاثة وخمسة ومجموعهما ثمانية والأربعة نصف الحاشيتين وحاشيتاها البعيدتان إثنان وستة أو واحد وسبعة والأربعة نصف مجموعهما وكالإثنين يساوى نصف مجموع الواحد والثلاثة وبه علم أن الواحد لايسمى عددا عند الحساب (قوله المختلفين) أى فى القلة والكثرة والاختلاف لايتصور فى التماثل بل فى التداخل وما بعده إلا أنه صرح به فى التداخل وحده وأشعر به فيما بعده سيد (قوله على ماهنا) لأنه زاد فى السراجية أمرين آخرين الأول أن تزيد على الأقل مثله أو أمثاله فيساوى الأكثر الثانى أن يكون الأقل جزء الأكثر وهو من قبيل الاختلاف فى العبارة (قوله أى يفنيه) بمعنى أنه إذا ألقى الأقل من الأكثر لم يبق من الأكثر شىء كالثلاثة والستة فإذا ألقيت الثلاثة من الستة مرتين فنيت الستة بالكلية وكذا إذا ألقيتها من التسعة ثلاث مرات بخلاف الثمانية فإنك إذا ألقيت منها الثلاثة مرتين بقى اثنان فلا يمكن إفناؤها بالثلاثة لكن إذا ألقى منها اثنان أربع مرات فنيت الثمانية فهما أيضا متداخلان سيد (قوله يعدهما أربعة) وكذا يعدهما اثنان فيتوافقان بالنصف لكن إذا تعدد العاد اعتبر الأكبر ليكون جزء الوفق أقل كالاثنى عشر والثمانية عشرة يتوافقان بالنصف والثلث والسدس إلا أن العبرة فى سهولة الحساب بتوافقهما فى السدس (قوله فيتوافقان بالربع) لأن العدد العاد لهما مخرج لجزء الوفق بينهما فلما عدهما الأربعة وهى مخرج للربع كانا متوافقين به سيد (قوله كالتسعة مع العشرة) فإنه لايعدهما شىء سوى الواحد الذى ليس بعدد .

[تنبيه] زاد ابن الكمال فى التعريف قيد آخر وهو أن لايفنى أحدهما الآخر لأن الإثنين مع الأربعة لايعدهما عدد ثالث مع أنهما من المتداخلين لا من المتباينين وبالقيد المذكور يحترز عنهما لأن الإثنين يعد الأربعة (قوله وإذا أردت معرفة التوافق الخ) لما كانت معرفة التماثل والتداخل بين العددين ظاهرة وفى معرفة التوافق والتباين بينهما خفاء ذكر لها طريقة أخرى (قوله من الجانبين) أى تسقط الأقل من الأكثر إلى أن يصير الأكثر أقل ثم تنقصه عن الأقل اه قاسم (قوله تباينا) أى حصل التباين بينهما كالخمسة مع السبعة فإنك إذا أسقطت الخمسة من السبعة بقى اثنان فإذا أسقطتهما من الخمسة مرتين بقى واحد (قوله فبالنصف) أى فهما متوافقان بالنصف كالستة مع العشرة فإنك إذا أسقطت الستة من العشرة بقى أربعة فإذا أسقطتها من الستة بقى اثنان (قوله فبالثلث) أى فهما متوافقان بالثلث كالتسعة مع الإثنى عشر (قوله هكذا إلى العشرة) أى وإن توافقا فى أربعة فهما متوافقان بالربع كثمانية مع العشرين أو فى خمسة فبالخمس كخمسة عشر مع خمسة وعشرين أو فى ستة فبالسدس كاثنى عشر

وتسمى الكسور المنطقة (أو أحد عشر فيجزء من أحد عشر وهكذا) ويسمى الأصم (وإذا أردت معرفة نصيب كل فريق) كالبنات والجدات والأعمام وغيرهم (من التصحيح) الذى استقام على الكل (فاضرب ماكان له) أى لكل فريق (من أصل المسألة فيما) أى فى جزء السهم الذى ضربته (فى أصل المسألة يخرج نصيبه) أى ذلك الفريق (ثم إذا) أردت معرفة نصيب كل واحد من آحاد ذلك الفريق (ضربت سهام كل وارث فى) جزء السهم (المضروب يخرج نصيبه) والأوضح طريق النسبة وهو أن تنسب سهام كل فريق من أصل المسألة إلى عدد رؤسهم وحدهم ثم تعطى بمثل تلك النسبة من المضروب لكل واحد من آحاد ذلك الفريق

مع ثمانية عشر أو فى سبعة فبالسبع كأربعة عشر مع إحدى وعشرين أو فى ثمانية فبالثمن كستة عشر مع أربعة وعشرين أو فى تسعة فبالتسع كثمانية عشر مع سبعة وعشرين أو فى عشرة فبالعشر كالعشرين مع الثلاثين (قوله وتسمى الكسور المنطقة) الكسر المنطق هو مايعبر عنه حقيقة بلفظ الجزئية وغيره كالخمس فإنه كما يقال فيه خمس يقال فيه جزء من خمسة والأصم مالا يعبر عنه إلا بلفظ الجزئية كالواحد من أحد عشر فلا يقال فيه سوى جزء من أحد عشر جزأ من الواحد (قوله أو أحد عشر) أى وإن توافقا فى أحد عشر فهما متوافقان بجزء من أحد عشر كاثنين وعشرين مع ثلاثة وثلاثين (قوله وهكذا) كما إذا توفقان فى جزء من ثلاثة عشر كستة وعشرين مع تسعة وثلاثين أو فى جزء من سبعة عشر كأربعة وثلاثين مع واحد وخمسين أو فى جزء من تسعه عشر كثمانيه وثلاثين مع سبعة وخمسين .

[تنبيه] إذا توافقا فى عدد مركب وهو ما يتألف من ضرب عدد فى عدد كخمسة عشر مع خمسة وأربعين فإن شئت قلت هما متوافقان بجزء من خمسة عشر وإن شئت نسبت الواحد إليه بكسرين يضاف أحدهما إلى الآخر فتقول بينهما موافقة بثلث خمس أو خمس ثلث فيعبر عنه بالجزء وبالكسور المنطقة المضافة بخلاف غير المركب فإنه لايعبر عنه إلا بالجزء (قوله وإذا أردت الخ) شروع فى معرفة نصيب كل فريق وفى معرفة نصيب كل واحد من آحاد ذلك الفريق والثانى يسمى قسمة النصيب بيان ذلك فى المسألة الأخيرة أنه كان للزوجتين من أصل المسألة ٣ فاضربها فى جزء السهم الذى ضربته فى أصل المسألة وهو ٢١٠ تبلغ ٦٣٠ فهى نصيب الزوجات من التصحيح وكان للبنات ١٦ فاضربها فى جزء السهم المذكور تبلغ ٣٣٦٠ فهى لهن وكان للجدات ٤ فاضربها فيه أيضا تبلغ ٨٤٠ فهى لهن وكان للأعمام سهم فاضربه فى ٢١٠ فهى لهم (قوله ضربت سهام كل وارث الخ) أى بعد أن تقسم ماكان لكل فريق من أصل المسألة على عدد رؤوسهم وكان عليه أن يذكر ذلك حتى يعرف مايضرب فى جزء السهم بيانه كان للزوجتين من أصل المسألة ٣ فاقسمها عليهما يخرج واحد ونصف فاضربه فى المضروب وهو ٢١٠ تبلغ ٣١٥ فهى لكل زوجته وكان للبنات ١٦ فاقسمها على ١٠ عدد رؤوسهن يخرج سهم وثلاثة أخماس سهم فاضربه فى المضروب تبلغ ٣٣٦ فهى لكل بنت وكان للجدات ٤ فاقسمها على ٦ عدد رؤوسهن يخرج ثلثان فاضربه فى المضروب يبلغ ١٤٠ فهى لكل جدة وكان للأعمام سهم فاقسمه على عددهم ٧ يخرج سبع سهم فاضربه فى المضروب تبلغ ٣٠ فهى لكل عم (قوله والأوضح طريق النسبة الخ) ففى المسألة المذكورة كان للزوجتين ٣ ونسبتها إليهما مثل ونصف فاعط كل واحدة من المضروب مثل تلك النسبة أى مثله ونصف مثله يكن مامر وسهام البنات ١٦ نسبتها إلى رؤوسهن وهو ١٠ مثل وثلاثة أخماس مثل فاعط كل واحدة من المضروب مثله وثلاثة أخماس مثله يكن مامر وسهام الجدات ٤ نسبتها إلى رؤوسهن وهو ٦ ثلثان فاعط كل واحدة ثلثى المضروب يكن مامر وللأعمام سهم نسبته إلى رؤوسهم وهو ٧ سبع سهم فاعط كل واحد منهم سبع المضروب يكن مامر وإنما كان هذا أوضح لأنه لايحتاج فيه إلى قسمة وضرب وقد قيل من ملك النسبة ملك الحساب لكن

(وإذا أردت قسمة التركة بين الورثة والغرماء) يعني أن كلا وحده لامعا لتقدم الغرماء على قسمة المواريث كما فى شرح السراجية لحيدر (فإن كان بين التركة والتصحيح مماثلة) فظاهر أو (موافقة ضربت سهام كل وارث من التصحيح فى جميع التركة) كذا فى نسخ المتن والشرح والموافق للسراجية وغيرها فى وفق التركة فإنما يضرب فى جميع التركة عند المباينة وهذا لمعرفة نصيب كل فرد (وتعمل كذلك فى معرفة نصيب كل فريق) منهم وأما قضاء الديون فإن وفى فيها (و) إن لم يوف وتعدد الغرماء (ينزل مجموع الديون) كالتصحيح للمسألة (و) ينزل (كل دين)

ربما كانت النسبة أعسر فالعمل بالضرب أيسر وثمة طرق أخر (قوله وإذا أردت قسمة التركة الخ) لما فرغ من تعيين نصيب كل فريق من التصحيح ثم تعيين لنصيب كل وارث منه شرع فى بيان المقصود وهو تعيين نصيب كل وارث من كل التركة بطريقين يتوافقان على معرفة نصيب كل وارث من التصحيح (قوله يعني أن كلا وحده) جواب عما أورد من أن قوله كالسراجية والغرماء بالواو وغير صحيح لأن التركة إن كانت وافية بجميع الديون وبقى للورثة شئ لايحتاج إلى القسمة بين الغرماء وتكون القسمة بين الورثة وإلا لم يبق للورثة شئ ؛ وحاصل الجواب أن المراد وبين الغرماء فلفظ بين مقدر أى بين أفراد هذه الطائفة وبين أفراد هذه الطائفة فالقسمة متعددة بتعدد أحوالها لا واحدة على الطائفتين معا أو يجاب بأن الواو بمعنى أو فيكون المعنى أيضا ماقلنا (قوله ضربت سهام كل وارث الخ) أى ثم قسمت المبلغ على التصحيح إن ضربت فى كل التركة أو على وفقه إن ضربت فى وفقها وهذا لابد منه وإن تركه المصنف والشارح (قوله والموافق للسراجية الخ) لم يقل والصواب لأنه عند الموافقة يصح الضرب فى كل التركة كما فى المباينة وكذا فى المداخلة إلا أن فيه تطويل الحساب فكان الأولى الضرب فى الوفق عند الموافقة وفى الكل عند المباينة مثال الموافقة زوج وأخوان لأم وشقيقتان أصلها من ٦ وتعول إلى ٩ والتركة ٦٠ دينارا بينها وبين التصحيح موافقة بالثلث فللزوج من التسعة ٣ فاضربها فى ٢٠ وفق التركة يكن ٦٠ فاقسمها على وفق التصحيح وهو ٣ يخرج ٢٠ هى له من التركة ولأحد الأخوين سهم فاضربه فى الوفق يكن ٢٠ فاقسمها على الثلاثة يخرج ٦ وثلثان هى له ولأخيه مثله ولإحدى الشقيقتين ٢ فاضربهما فى الوفق يكن ٤٠ فاقسمها على الثلاثة يخرج ١٣ وثلث هى لها ولأختها مثلها ومثال المباينة زوج وأم وشقيقة أصلها من ٦ وتعول إلى ٨ والتركة ٢٥ دينارا فبينهما مباينة للزوج من الثمانية ٣ فاضربها فى ٢٥ كل التركة تبلغ ٧٥ فاقسمها على ٨ يخرج ٩ وثلاثة أثمان هى له وللشقيقة مثله وللأم من الثمانية ٢ فاضربهما فى ٢٥ تبلغ ٥٠ فاقسمها على ٨ يخرج ٦ وربع هى لها ولو ضربت فى المثال الأول سهام كل وارث من التصحيح فى كل التركة ثم قسمت الحاصل على كل التصحيح كما فعلت هنا لصح ذلك ولكن فيه تطويل كما قلنا ولو كانت التركة فى المثال الثانى ٢٤ كان بينها وبين التصحيح مداخلة لدخول الثمانية فى ٢٤ ويجوز العمل فيها كالمباينة أيضا لكن الأخصر عمل الموافقة لاشتراكهما فى كسر وهو الثمن مخرج أقلهما وهو الثمانية فهما فى حكم المتوافقين (قوله وتعمل كذلك فى معرفة نصيب كل فريق منهم) بأن تضرب فى المثال الأول نصيب الأخوين ونصيب الأختين فيما ضربت فيه نصيب أحدهما وتقسم الحاصل على وفق التصحيح فالخارج نصيب كل فريق وما ذكره من القسمة بطريق الضرب هو أشهر أوجه خمسة وبيانها مع بيان مالو كان فى التركة كسر فى المطولات (قوله وأما قضاء الديون) أى طريق قسمتها وتسمى المحاصة (قوله فيها) أى بالتوفية يحصل المقصود ونعمت هى (قوله وتعدد الغرماء) فلو كان الغريم واحدا فلا قسمة (قوله ينزل مجموع الديون كالتصحيح الخ) بأن تنظر بين مجموع الديون وبقية التركة بعد التجهيز فإن توافقا كما إذا ترك ١٢ دينارا وعليه ١٨ لزيد ٤ ولعمرو ٢ ولبكر ١٢ فالموافقة

غريم (كسهام وارث) ويعمل كما مر ثم شرع فى مسألة التخارج فقال (ومن صالح من الورثة) والغرماء على شيء معلوم منها (طرح) أى اطرح سهمه من التصحيح وجعل كأنه استوفى نصيبه (ثم قسم الباقى من التصحيح) أو الديون (على سهام من بقى منهم) فتصح منه كزوج وأم وعم فصالح الزوج على ما فى ذمته من المهر وخرج من بين الورثة فاطرح سهامه من التصحيح وهى ثلاثة واقسم باقى التركة وهى ما عدا المهر بين الأم والعم أثلاثا بقدر سهامهما فى التصحيح قبل التخارج وحينئذ يكون سهمان للأم وسهم للعم ولا يجوز أن يجعل الزوج كأن لم يكن لئلا ينقلب فرض الأم من ثلث أصل المال إلى ثلث الباقى لأنه حينئذ يكون للأم سهم وللعم سهمان وهو خلاف الإجماع قاله السيد وغيره

قلت: وهذا هو الصواب ولقد غلط فى قسمة هذه المسألة صاحب المختار وصاحب مجمع البحرين وغيرهما على ما عندى من النسخ فإنهما قسما الباقى للأم سهم وللعم سهمان وقد علمت أنه خلاف الإجماع وقال العلامة قطب الدين محمد بن سلطان فى شرحه للكنز وقوله واجعله كأن لم يكن فيه نظر

بالسدس فاضرب دين كل واحد منهم فى وفق التركة وهو ٢ ثم اقسم الحاصل على وفق مجموع الديون وهو ٣ يخرج لزيد ٢ وثلثان ولعمرو ١ وثلث ولبكر ٨ وإن تباينا كما إذا فرضنا التركة فى مسألتنا ١١ فاضرب دين كل فى كل التركة واقسم الحاصل على مجموع الديون يخرج لزيد ٢ وأربعة أتساع ولعمرو ١ وتسعان ولبكر ٧ وثلث ولو كان عليه فى الصورة الأولى ٢٤ دينارا كان بينهما مداخلة فتعمل فيها كالموافقة ويصح أن تعمل فيها وفى الموافقة كالمباينة كما علمت (قوله ثم شرع فى مسألة التخارج) تفاعل من الخروج وهو فى الاصطلاح تصالح الورثة على إخراج بعضهم عن الميراث على شيء من التركة عين أو دين قال فى سكب الأنهر وأصله ما روى أن عبد الرحمن بن عوف رضى الله تعالى عنه طلق فى مرض موته إحدى نسائه الأربع ثم مات وهى فى العدة فورثها عثمان رضى الله تعالى عنه ربع الثمن فصالحوها عنه على ثلاثة وثمانين ألفا من الدراهم وفى رواية من الدنانير وفى رواية ثمانين ألفا وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير اه.

قلت: وله أحكام وشروط تقدمت آخر كتاب الصلح، وتقدم هناك أنهم لو أخرجوا واحدا، وأعطوه من مالهم فحصته تقسم بين الباقى على السواء وإن كان المعطى مما ورثوه فعلى قدر ميراثهم قال الشارح هناك وقيده الخصاف بكونه عن إنكار فلو عن إقرار فعلى السواء اه فتأمله (قوله والغرماء) أى أرباب الديون ولم يذكرهم فى السراجية وإنما ذكرهم فى الملتقى والمجمع وغيرهما فحكمهم فى القسمة والتخارج حكم الورثة ومثلهم الموصى له كما تقدم آخر كتاب الصلح (قوله أى اطرح سهمه من التصحيح) أى صحح المسألة مع وجود المصالح بين الورثة ثم اطرح سهامه من التصحيح سيد (قوله كزوج الخ) أصلها من ستة للزوج النصف ثلاثة أسهم وللأم الثلث سهمان وللعم الباقى سهم واحد (قوله وحينئذ يكون الخ) فلو فرض أنه صالح العم على شيء من التركة وخرج من البين فالمسألة أيضا من ستة فإذا خرج نصيب العم بقى خمسة ثلاثة للزوج واثنان للأم فيجعل الباقى أخماسا بين الزوج والأم فللزوج ثلاثة أخماس وللأم خمسان وإن صالحت الأم على شيء وخرجت كانت المسألة أيضا من ستة فإذا طرح منها سهمان للأم بقى أربعة فيجعل الباقى من التركة أرباعا ثلاثة منها للزوج وواحد للعم سيد (قوله لئلا ينقلب فرض الأم الخ) أى فى بعض الصور كهذه الصورة بخلاف ما إذا كان مكان العم أب فإنه لا يلزم اعتبار دخول الزوج فى التصحيح لأن للأم سهما وللأب سهمان على كل حال (قوله فيه نظر) أصله للزيلعى وبينه بقوله لأنه قبض بدل نصيبه فكيف يمكن جعله كأن لم يكن بل يجعل كأنه استوفى نصيبه ولم يستوف الباقون أنصباءهم ألا ترى أنه لو ماتت امرأة وخلفت ثلاث أخوات متفرقات وزوجا فصالحت الأخت لأب وأم وخرجت من البين كان الباقى بينهم أخماسا ثلاثة للزوج وسهم للأخت لأب وسهم للأخت لأم على ما كان لهم من ثمانية لأن

ثم ذكر نحو ماتحرر فتدبر ؟

[قال مؤلفه] العبد الفقير العاجز الحقير محمد علاء الدين ابن الشيخ علي الحصني الحنفي الحصني العباسي الإمام بجامع بني أمية ثم المفتي بدمشق المحمية قد فرغت من تأليفه أواخر شهر محرم الحرام سنة إحدى وسبعين وألف هجرية ، على صاحبها أفضل الصلاة وأزكى التحية ، وقد بالغت في تلخيصه وتحريره وتنقيحه ، وتبعت المصنف رحمه الله في تغييره لمواضع كثيرة من متنه ، وتصحيحه ونبهت عليها وعلى مواضع سهو آخر :

وبالجملة فالسلامة من هذا الخطر ، أمر يعز على البشر ، فستر الله على من ستر وغفر لمن غفر :

وإن تجـد عيبا فسد الخللا ‌ ‌ ‌ ‌ جـل من لا فيه عيب وعلا

أصلها من ستة وتعول إلى ثمانية فإذا استوفت الأخت نصيبها وهو ثلاثة بقي خمسة ولو جعلت كأنها لم تكن لكانت من ٦ وبقي سهم للعصبة اه وصوابه أن يقول لكانت من ستة وتعول بسهم إلى سبعة كما وجد في بعض نسخ الزيلعي ولكن مامر وجد بخطه كذلك فهو سبق قلم إذ لا عصبة هنا (قوله ثم ذكر نحو ماتحرر) أي من قوله السابق فاطرح سهامه من التصحيح (قوله قال مؤلفه) من التأليف وهو إيقاع الألفة بين شيئين أو أشياء أخص من التركيب ويطلق عرفا على كتاب جمعت فيه مسائل مؤتلفة من أي علم كان بمعنى المؤلف بالفتح وجامعه مؤلف بالكسر (قوله الحقير) من الحقر وهو الذلة قاموس (قوله الحصني) نسبة إلى موضع يسمى حصن كيفا واشتهر في نسبة الشيخ رحمه الله تعالى لفظ الحصكفي فهو من باب النحت (قوله العباسي) الظاهر أنه نسبة إلى سيدنا العباس رضي الله تعالى عنه عم نبينا صلى الله عليه وسلم (قوله الإمام) بالرفع صفة محمد ويحتمل أنه صفة لعلي لكن الذي كان إمام الحنفية بجامع بني أمية والمفتي بدمشق المحميه هو الشارح رحمه الله تعالى وكذا كان مدرس الحديث تحت القبة بجامع بني أمية ومدرس التكية السليمية ولم يشتهر والده بشيء من ذلك (قوله هجريه) نسبة إلى الهجرة أي هجرة النبي صلى الله عليه وسلم ونسب التاريخ إليها لأن ابتداءه منها وأول من ابتدأ به عمر رضي الله عنه والعرب كانت تؤرخ بعام التفرق وهو تفرق ولد إسمعيل عليه السلام وخروجهم من مكة ثم أرخوا بعام الفيل كما بسطه في الظهيرية قبل المحاضر (قوله في تلخيصه) التلخيص التبيين والشرح والتخليص قاموس (قوله وتحريره وتنقيحه) تحرير الكتاب وغيره تقويمه والتنقيح التهذيب قاموس (قوله لمواضع) اللام زائدة للتقوية (قوله وتصحيحه) عطف على تغييره (قوله وعلى مواضع سهو وأخر) أي مما فات المصنف تغييرها (قوله وبالجملة) أي وأقول قولا ملتبسا بالجملة أي مجتمعا قال في القاموس جمل جمع وأجمل الشيء جمعه عن تفرقة والمراد أنه وإن وقع من المصنف سهو أو من غيره أو وإن نبهت على ماوقع له من السهو فإني قد أسهو لأن السلامة من هذا الخطر بالتحريك وهو الإشراف على الهلاك والمراد به هنا الأمر الشاق عبر به عن السهو أمر يعز بالكسر كيقل وزنا ومعنى أي يندر أو يعسر أو يضيق أو يعظم على البشر فلا يحصلونه لأن السهو والنسيان من لوازم الإنسان وأول ناس أول الناس وفي هذا هضم لنفسه واعتذار عنه وعن المصنف (قوله فستر الله على من ستر) الفاء فصيحة أي إذا كان ماذكر فالمطلوب الستر إلا في مقام البيان (قوله وغفر لمن غفر) الغفر الستر فهو عطف مرادف (قوله وإن تجد عيبا الخ) هذا البيت بمعنى الكلام الذي قبله (قوله فسد الخللا) الخلل منفرج مابين الشيئين والوهن في الأمر وأمر مختل واه وأخل بالشيء أجحف قاموس وألفه للإطلاق والمراد به العيب وكان حقه أن يأتي بدله الضمير ولكن أتى بالظاهر معبرا عنه بلفظ آخر للتنصيص على أن العيب من سهو ونحوه خلل نظير قوله تعالى : — فإن الله عدو للكافرين — بعد قوله — من كان عدوا لله — الآية للتسجيل عليهم بالكفر والمراد بسده ستره أو تأويله حيث أمكن (قوله جل) أي عظم وتعالى فعطف علا عليه تفسير وهذا الكلام مرتبط بكلام محذوف دل عليه

كيف لاوقد بيضته وفي قلبي من نار البعاد ، عن البلاد والأولاد ، والإخوان والأحفاد مايفتت الأكباد .
فرحم الله التفتازاني حيث اعتذر وأجاد ، حيث قال نظما :

يوما بحزوى ويوما بالعقيق   وبالعذيب يوما ويوما بالخليصاء

لكن لله الحمد أولا وآخرا ظاهراً وباطناً

السياق أي فسد الخلل ولا تعير به ولا تفضح فإن كل بني آدم ماعدا من عصم منهم فيه عيب والذي تنزه عن العيوب بتمامها هو الحق جلا وعلا ط والشطر الأول من هذا البيت من بحر الرجز والشطر الثاني من بحر الرمل ولو قال إن تجد بدون واو كما في بعض النسخ صار الأول من بحر الثاني أو قال فجل بالفاء صار الثاني من بحر الأول (قوله كيف لا) منفي لامحذوف أي كيف لايوجد مني سهو والحال كذا فهو إعتذار آخر عن وجود ذلك (قوله بيضته) أي نقلته من المسودة إلى المبيضة والمسودة في اصطلاح المؤلفين الأوراق التي يقع فيها إنشاء التأليف سميت بذلك لكثرة سوادها بكثرة المحو والإثبات والمبيضة التي ينقل إليها المؤلف ماأنشاه وأثبته في المسودة (قوله من نار البعاد) بكسر الباء مصدر باعد ومن بيان لما في قوله مايفتت أو تعليلية كقوله تعالى – مما خطاياهم أغرقوا – وقد شبه مايقاسيه من مشقة البعاد وألم الفراق بالنار استعارة تصريحية أصلية والقرينة إضافة النار إلى البعاد أو شبه البعاد بحطب له نار استعارة مكنية وإثبات النار له تخييل أو أضاف المشبه به إلى المشبه أي من بعاد كالنار مثل لجين الماء تأمل (قوله والأحفاد) البنات أو أولاد الأولاد أو الأصهار قاموس (قوله مايفتت الأكباد) أي يقطعها ويشقها والأكباد جمع كبد بالفتح والكسر وككتف وقد يذكر قاموس والمراد كبد واحدة وهي كبده لأن مافي قلبه لايفتت كبد غيره وإنما جمع للسجعة أو على معنى أن في قلبي من جنس مايفتت الأكباد أو إن في قلبي مالو كان لي أكباد متعددة لفتتها أو أن كل أمر مما في قلبي يستقل بتفتيت الكبد فصارت كأنها أكباد متعددة (قوله فرحم الله) تفريع على ماقبله وذلك أنه حيث ذاق ألم الفراق وكابد مايكابده المشتاق من تشتيت البال وتواتر البلبال علم أن إعتذار هذا الإمام الذي سبقه بنحو هذا الكلام إعتذار مقبول لامحالة فتحركت نفسه إلى الدعاء له فإنه كما قال الشاعر :

لايعرف الوجد إلا من يكابده   ولا الصبابة إلا من يعانيها

(قوله التفتازاني) اسمه مسعود ولقبه سعد الملة والدين نسبة إلى تفتازان بالفتح بلد بخراسان ولد بها سنة ٧٢٢ وتوفي بسمرقند سنة ٧٩٢ ونقل إلى سرخس فدفن بها (قوله حيث اعتذر) أي في خطبة المختصر شرح تلخيص المعاني وقال قبل هذا البيت أيضا مع جمود القريحة بصر البليات ، وخمود الفطنة بصرصر النكبات ، وترامي البلدان بي والأقطار ، ونبو الأوطان عني والأوطار ، حتى طفقت أجوب كل أغبر قاتم الأرجاء ، وأحرر كل سطر منه في شطر من البيداء (قوله حيث قال) بدل من قوله حيث اعتذر (قوله يوما بحزوى الخ) أسماء مواضع والمراد باليوم مطلق الوقت ومتعلقه محذوف تقديره أكون (قوله لكن لله الحمد الخ) إستدراك أي أنه وإن حصل لي ماحصل من البعاد عن البلاد فقد أثمر لي ثمرة عظيمة المفاد التي هي علامة القبول ودليل الوصول إلى المأمول (قوله أولا وآخرا) أي أول كل أمر وآخره (قوله ظاهراً وباطنا) أي حمدا في الظاهر بالثناء باللسان موافقا لما في الباطن

فلقد من بإبتداء تبيضه تجاه وجه صاحب الرسالة والقدر المنيف ، وبختمه تجاه قبر صاحب هذا المتن الشريف ، فلعله علامة القبول منهم والتشريف قال مؤلفه :

فياشرفى إن كنت ربى قبلته ... وإن كان كل الناس ردوه عن حسد

فتقبلنى مع ماتن وأساتذ ... وتحشرنا جمعا مع المصطفى أحمد

وإخوالنا المسدى لنا الخير ... : : : : : : : : : :

بالجنان (قوله فلقد) الفاء للتعليل واللام للقسم فهو حمد على نعمة معينة (قوله من) أى أنعم هو أى المولى تعالى (قوله بإبتداء تبيضه) أى المؤلف المفهوم من قوله قال مؤلفه وقوله قد فرغت من تأليفه (قوله تجاه) أصله وجاه أبدلت الواو تاء من المواجهة بمعنى المقابلة (قوله صاحب الرسالة) أل للعهد أى الرسالة العامة الدائمة (قوله والقدر) أى الرتبة العلية (قوله المنيف) أى الزائد على غيره أو العالى من قولهم لما زاد على العقد نيف وناف وأناف على الشيء أشرف عليه (قوله تجاه قبر صاحب هذا المتن الشريف) وذلك ببلده وهى غزة هاشم (قوله فلعله) أى ماذكر من الابتداء والختم (قوله علامة القبول منهم) أى من الله تعالى ومن صاحب الرسالة صلى الله عليه وسلم ومن صاحب المتن رحمه الله تعالى والقبول الرضا بالشيء مع ترك الإعتراض على فاعله وقيل الإثابة على العمل الصحيح (قوله والتشريف) يقال شرف ككرم شرفا علا فى دين أو دنيا وشرف الله الكعبة من الشرف قاموس (قوله قال مؤلفه) كذا فى بعض النسخ (قوله فياشرفى) أى احضر فهذا وقتك لحصول مقتضيك والأبيات من الطويل والضمير فى قبلته للتأليف ط (قوله وإن كان كل الناس) أى من أهل عصره أو منهم وممن بعدهم (قوله ردوه عن حسد) بإسكان الدال وعن بمعنى اللام أى لأجل حسدهم له كقوله تعالى - ومانحن بتاركى آلهتنا عن قولك - أو بمعنى من أى ردا ناشئا من حسد كقوله تعالى - وهو الذى يقبل التوبة عن عباده - (قوله فتقبلنى) بالتخفيف أى تثيبنى وهو خبر بمعنى الدعاء (قوله وأساتذ) جمع أستاذ بضم الهمزة ومعناه الماهر بالشيء والمراد بهم هنا أشياخه والظاهر أنه أعجمى معرب لما فى القاموس لاتجتمع السين والذال المعجمة فى كلمة عربية (قوله وتحشرنا جمعا) أى حال كوننا مجتمعين مع النبى صلى الله عليه وسلم فالمصدر حال وهو مقصور على السماع ويحتمل أن جمعا بمعنى جميعا تأكيد لضمير الجماعة أو مفعول مطلق لأن الحشر بمعنى الجمع وقد ورد : أن النبى صلى الله عليه وسلم يحشر وأمته فى محشر منفرد عن محشر كل الخلائق ، فالمعية لاتقتصر على من ذكر لاأن يراد بها حالة مخصوصة كالقرب منه صلى الله عليه وسلم (قوله مع المصطفى أحمد) قدمنا أن الأبيات من بحر الطويل والطويل له عروض واحدة مقبوضة وزنها مفاعلن ولعروضه ثلاثة أضرب الأول صحيح وزنه مفاعيلن الثانى مقبوض مثلها الثالث محذوف وزنه فعولن وهذا البيت من الضرب الأول والبيت الذى قبله والبيت الذى بعده من الضرب الثانى وهذا معدود من عيوب القوافى ويسمى التحريد بالحاء المهملة كما فى الخزرجية وتقدم فى أول الكتاب أبيات لنظم شروط الوضوء وقع فيها نظير ذلك كما نبهنا عليه هناك ولو قال الناظم مع المصطفى السند لكان أسد (قوله وإخواننا) بالجر عطفا على ماتن أو على قوله المصطفى أو بالنصب عطفا على نا فى تحشرنا والأول أولى (قوله المسدى) من الإسداء بمعنى الإعطاء أو لفظه مفرد معطوف بإسقاط العاطف أو جمع نعت لإخواننا وأصله المسدين حذفت نونه لإضافته إلى الخير المجرور به وقد

؛ ؛ ؛ ؛ ؛ ؛ دائما ووالدنا داع لنا طالب الرشد

وحسبنا الله ونعم الوكيل ولا حول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم ؛

فصل بينهما بالظرف لكون المضاف شبه الفعل وهو جائز فى السعة قال فى الألفية :

فصل مضاف شبه فعل مانصب   مفعولا أو ظرفا أجز ولم يعب

ومثله قوله عليه الصلاة والسلام «هل أنتم تاركو لى صاحبى» وقول الشاعر : * كناحت يوما صخرة بعسيل *

(قوله دائما) صفة لمصدر محذوف أى قبولا أو حشرا أو إسداء (قوله داع) أى وداع على حذف العاطف أو بدل من والدنا (قوله طالب الرشد) أى لنا حذفه لدلالة ماقبله عليه يقال رشد كنصر وفرح رشدا ورشدا ورشادا اهتدى واستقام على الحق والرشيد فى صفاته تعالى الهادى إلى سواء الصراط ؛

نسأله تعالى أن يهدينا إلى الصراط المستقيم ، ويديمنا على الحق القويم ، ويمتعنا بالنظر إلى وجهه الكريم فى جوار نبيه الكريم عليه أفضل الصلاة وأتم التسليم آمين ؛

تم الجزء السادس

من حاشية [رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار]

للأستاذ الفاضل محمد أمين الشهير بابن عابدين

ويليه :

الجزء السابع تكملة حاشية رد المحتار على الدر المختار

جمعها نجل المؤلف وسماها « حاشية قرة عيون الأخيار »

فهرست الجزء السادس

من حاشية رد المحتار على الدر المختار

للعلامة السيد محمد أمين المعروف بابن عابدين